جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف
الشيخ محمد حسن النجفي

دار احياء التراث العربي
بيروت



الجزء الخامس و العشرون

قوبل بالنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة الأصل المخطوطة

المصححة بقلم المصنف طاب ثراه

حققه و علق عليه

الشيخ علي الاخوندي

طبع على نفقة

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان ١٩٨١

الطبعة السابعة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿المقصد الخامس﴾

﴿في القرض﴾ بكسر القاف وفتحها وهو معروف أثبته الشارع متاعاً للمحتاجين مع ردّ عوضه في غير المجلس غالبا وإن كان من النقدين رخصة ، وقد تظافرت النصوص، بل تواترت بتأكيده في المؤمن ، حتى قال رسول الله صلى الله عليه وآله :[1] «من أقرض مؤمناً ترغباً ينظر به ميسوره كان ماله في زكاة وكان هو في صلاة من الملائكة حتى يؤديه»[2] «ومن أقرض أخاه المسلم كان له بكل درهم أقرضه وزن جبل أحد من جبال رضوى و طور سيناء حسنات و إن رفق به في طلبه تعدى على الصّراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب ولا عذاب ، ومن شكا إليه أخوه المسلم فلم يقرضه حرم الله عزوجل عليه الجنّة يوم يجزى المحسنين» والصادق عليه السلام [3] «لأن أقرض قرضاً أحب إلي من أن أتصدق بمثله ، و من أقرض قرضاً و ضرب له أجلاً ولم يؤت به عند ذلك الاجل كان له من الثواب في كل يوم يتأخر عن ذلك الأجل بمثل صدقة دينار واحد في كل يوم»[4] «والقرض الواحد بثمانية عشر و إن مات حسبتها من الزكاة»[5] «وما من مسلم أقرض مسلماً قرضاً حسناً يريد به وجه الله إلاّ حسب له أجره كأجر الصدقة حتى يرجع إليه.

﴿و﴾ كيف كان فتمام ﴿النظر﴾ فيه يستدعي النظر ﴿في أمور ثلاثة الأول في حقيقته وهو عقد﴾ بلا خلاف أجده فيه ، نعم في المسالك لاشبهة في اشتراط الإيجاب والقبول

---

(١) و (٢) و (٣) و(٤) و (٥) الوسائل الباب ٦ ـ من ابواب الدين والقرض الحديث ـ ٣ ـ ٥ ـ ١ ـ ٤ ـ ٢ .

فيه بالنسبة إلى تحقق الملك إن قلنا أنه يملك بهما وبالقبض ، فلو قلنا بتوقف الملك على التصرف وكان قبله بمنزلة الاباحة فينبغي أن لا يتوقف على العقد .

قلت: الظاهر من القائل بذلك كون التصرف كاشفاً عن الملك، فلابد من حصول السّبب له قبله وإن كان مشروطاً تأثيره على جهة الكشف وليس إلاّ العقد والقبض ، كما أن الظاهر كونه من تمام السّبب عنده بناء على عدم الكشف ، فالملك حينئذ حاصل منه ومن العقد والقبض فهو حينئذ غير الاباحة ، بل من الواضح تغايرهما في عرف المتشرعة موضوعاً وأحكاماً .

وكيف كان فالظاهر دخول المعاطاة فيه بناء على دخولها في غيره ، بل هو أولى من البيع وغيره بذلك ، والسّيرة فيه أتم . والفرق بينها وبين العقد بناء على عدم جواز رجوع المقرض بالعين بعد القبض واضح ، إذ من المعلوم عدم ذلك في المعاطات وإن قلنا بحصول الملك معا ، إلاّ أنه متزلزل كما في البيع فلكل منهما الرجوع حينئذ إذا كان القرض بها ، و أما إذا قلنا بعدم الملك بالقبض بل لابد من التصرف ، فلعلّ الفرق بين العقد والمعاطاة حينئذ التزام كون التّصرف في الاوّل كاشفاً او متمماً ، بخلافه في المعاطاة التي يمكن كونه فيها حينئذ كالاباحة بالعوض .

نعم قد يشكل الفرق بين معاطاته وعقده بناء على جواز فسخه الموجب لرجوع العين ، وعلى أن المعاطاة تفيد الملك المتزلزل ، ولعله لابأس بالتزام عدم الفرق بينهما حينئذ، فانه لا دليل يقتضي لزوم الفرق بين المعاطاة والعقد. هذا كله بناء على أن المعاطاة تقتضي الملك المتزلزل ، و إلاّ فالفرق بينهما حينئذ واضح ، بناء على حصول الملك بالقبض ، بل و على القول بالتصرف ، لما عرفت من الفرق بين التصرف المسبوق بالعقد و القبض ، و بين التصرف المسبوق بالمعاطاة ، ولو سلم تساويهما كما في بعض الاحتمالات أمكن الالتزام بما عرفت من عدم الفرق بينهما حينئذ ، لعدم مايقتضي وجوبه ، والأمر سهل خصوصاً بعد ماستسمع من ضعف القول بكون القرض من العقود الجائزة الموجب فسخها لردّ العين ، و القول بتوقف الملك فيه على التصرّف ، والله أعلم .

وحيث قد عرفت أنه عقد فهو ﴿يشتمل على إيجاب كقوله أقرضتك أو ما يؤدي معناه﴾ وضعاً وأمّا ﴿مثل تصرّف فيه أو انتفع به ، وعليك ردّ عوضه﴾ ونحوهما ممّا يفيد معناه بالقرينة فالبحث فيه كما في غيره من العقود اللازمة ، بناء على كونه منها على الأصح ، لكن في المسالك تبعاً للدروس أن من المؤدى معناه : خذ هذا أو اصرفه أو تملكه أو ملكتك أو استلفتك ونحوه ، وعليك ردّ عوضه أو مثله أو نحو ذالك ، والحاصل أن صيغته لا تنحصر في لفظ كالعقود الجايزة ، بل كل لفظ دل عليه كفى ، إلاّ أن لفظ أقرضتك صريح في معناه ، فلا يحتاج إلى ضميمة : وعليك ردّ عوضه ونحوه وغيره يحتاج .

وفيه أوّلاً أنك ستعرف كونه من العقود اللازمة عنده ، حتى أنه أوّل قولهم بالجواز إلى ما ستسمع ، وثانياً أنه قد يمنع دلالة ذلك على القرض بعد فرض مشروعية الإباحة بالعوض أو الهبة به ، فالواجب حينئذ والاحوط الاقتصار على المتيقن في لفظه. ثم إنه بناء على ماذكره لو ترك الضميمة المزبورة فلم يقصد إلّا مع معنى المنضم إليه، فان كان بلفظ التمليك أفاد الهبة ، لانه صريح فيها ، وإن كان بلفظ السلم ونحوه كان فاسداً لا يترتب عليه حكم عقد ، لأنه حقيقة في السلم ولم يجمع شرائطه ، و إن كان بغيره من تلك الألفاظ الدالة على الأباحة فهو هبة مع قصد الموجب لها لا بدونه كما سيأتي انشاءالله .

فلو اختلفا في القصد فالقول قوله لأنه أبصر به ، أمّا لو اختلفا في قصد الهبة مع تلفظه بالتمليك فقد قطع في التذكرة بتقديم قول صاحب المال ، لانه أعرف بلفظه ولأصالة عصمة المال و عدم التبرع به ، ووجوب الردّ على الآخذ لعموم «على اليد»[1] وفيه أن ظاهر اللفظ الدال على القصد يقطع ذلك كلّه كما في ساير العقود ، إذ الأصل إرادة الحقيقة ، والمجاز لا يصار إليه إلاّ بقرينة ، فلا يسمع دعواه مع عدمها في مقابلة الغير كما هو واضح .

﴿و﴾ يشتمل أيضاً ﴿على القبول و﴾ البحث فيه كالايجاب لكن قال المصنف إنه ﴿هو

(١) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧

اللفظ الدال على الرضا بالايجاب ولاينحصر في عبارة ﴿ بل في الدروس والأقرب الاكتفاء بالقبض ، لأن مرجعه إلى الاذن في التصرف ، بل حكاه في المسالك عن قطع جماعة لكن قال : إنه كذلك بالنسبة إلى إباحة التصرف و في الاكتفاء به في تمام الملك نظر .

قلت : إنما الكلام في تتمة العقد به ، و أنه يكون كالقبول القولي ، ولاريب في أن الأحوط عدم الاكتفاء بذلك ، بل هو الأقوى بناء على كون القرض من العقود اللازمة ، بل عليه لاينبغي الاكتفاء بكل لفظ ولو مجازاً بعيداً ، ولتحقيق ذلك مقام آخر ، وكان تسامحهم في عقد القرض بناء على أنه من العقود الجائزة إلا أنك ستعرف مافيه كما أنك عرفت عدم البأس بذلك كله في معاطاة القرض فتأمل جيداً والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿في القرض أجر﴾ عظيم ﴿ينشأ من معونة المحتاج تطوعاً﴾ و كشف كربة المسلم حتى روي[1] «أن درهم الصدقة بعشر ، والقرض بثمانية عشر» ، وقول النبي صلى الله عليه وآله[2] « الف درهم أقرضها مرتين أحب الي من أن أتصدق بها مرة» ، لادلالة فيه على رجحان الصدقة عليه ، حتى يحتاج إلى الجمع بحمل مادل على رجحان الصدقة على الصدقة الخاصة كالصدقة على الأرحام والعلماء و نحوهم ، و مادل على رجحان القرض على غيرها من الصدقة العامة ، بل المراد بذلك الاشارة إلى مااستفيد من غيره من النصوص من كون وجه رجحان القرض على الصدقة ، أن القرض يعود فيقرض ، بخلاف الصدقة كما هو واضح ، إذ من المعلوم الترجيح بين طبيعتيهما ، وإلا فكل منهما قد يقترن بما يتضاعف ثوابه إلى مالا يحصيه إلا الله ، ودعوى أن القرض على كل حال لايزيد على الثمانية عشر واضحة البطلان .

والحاصل أن المراد من الخبر المزبور بيان كون قرض الشيء أفضل من الصدقة به ، كما رواه القماط[3] وغيره « قال : سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول لأن أقرض قرضاً أحب إلي من أن أتصدق بمثله » ، ولعله إلى ذلك أشار الشيخ وغيره بمارووه مرسلاً

(١) المستدرك ج ٢ ص ٤٩٠

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب الدين والقرض الحديث ـ ٥

(٣) الوسائل الباب ـ ٦ـ من ابواب الدين والقرض الحديث ـ ١ .

القرض افضل من الصدقة بمثله في الثواب ، والا فلم نجد هذا اللفظ في شيء من نصوصنا، لكن ظاهر الشهيدين وجودها بهذا اللفظ ، ولذا احتملا فيها احتمالين : أحدهما ما يراد من الخبر المزبور فلا يكون فيه دلالة على مقدار الثواب ، وثانيهما تعليق بمثله بأفضل لا بالصدقة فيكون المعنى ان القدر المقترض أفضل من المتصدّق به ، بمقدار مثله في الثواب ، والصدقة لما كان المعروف من ثوابها والمشترك بين جميع أفرادها عشرة ، فدرهم القرض حينئذ بعشرين، إلاّ أنه لما كان يعود بخلاف درهم الصّدقة حصل له ثمانية عشر ، إذ الصدقة إنّما صار درهمها بعشرة باعتبار عدم عوده، فالذي استفاده حقيقة تسعة ، فهي مع مثلها ثمانية عشر، تحصل لدرهم القرض الذي عاد لصاحبه ، وهذا وإن كان ألطف من الاوّل وأوفق بمناسبة خبر الثمانية عشر ، ومشتمل على سر لطيف ، وبلاغة في الكلام ، مناسبة للمعروف من كلامهم ﷺ ، إلاّ أنّ الذي ذكرناه أولا أظهر خصوصاً مع معلومية عدم كون عادتهم مراعاة نحو ذلك في كلامهم الصادر لبيان الأحكام التي يتساوى فيها الخاص والعام .

وأمّا قوله في الثواب ، فهو على الوجهين متعلق بأفضل ، لبيان الواقع كقوله يقتلون النبيين بغير حق ، ويطير بجناحيه ، أولغير ذلك كما أنه قد يحتمل تعلّقه بغير أفضل على الأوّل ، والأمر في ذلك كله سهل ، ثم إن الظاهر من قول المصنف « تطوّعاً» الاشارة إلى اعتبار النيّة في حصول الثواب كغيره من الأعمال وهو كذلك إذ احتمال حصوله مطلقا ضعيف ﴿ و ﴾ على كل حال فشرط القرض ﴿ الاقتصار على ﴾ ذكر ﴿ ردّ العوض فـ ﴾ قط على معنى أنه ﴿ لو شرط النفع حرم ﴾ الشرط بلا خلاف فيه ، بل الاجماع منا بقسميه عليه ، بل ربّما قيل : إنه اجماع المسلمين ، لأنه رباً قال علي بن جعفر في المروي عن قرب الأسناد[1] «سألت أخي موسى عليه السلام عن رجل اعطى رجلاً مائة درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو اكثر فقال : هذا الرّبا المحض » وقال خالد بن الحجّاج[2]: «سألته عن رجل كانت لي عليه مائة درهم عدداً

---

(١) الوسائل الباب - ١٩ - من ابواب الدين والقرض الحديث - ١٨ - .

(٢) الوسائل الباب - ١٢ - من ابواب الصرف الحديث - ١ .

فقضاها مائة وزناً قال : لابأس مالم يشترط قال : وقال : جاء الرّبا من قبل الشروط ، إنمايفسده الشروط » ومنه يعلم أن المرادبالبأس فيمفهوم غيره المنع ، كموثق اسحاق بن عمّار[1] « قلت لأبي ابراهيم عليه السلام الرجل يكون له عند الرجل المال قرضاً ، فيطول مكثه عند الرجل لايدخل على صاحبه منه منفعة ، فينيله الرجل كراهة أن يأخذ ماله ، حيث لايصيب منهمنفعة ، يحلّ ذلك له؟ قال : لابأس إذالم يكونا شرطاه» وحسن الحلبي[2] «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدداًثمّ يعطي سوداً وزناً ، وقد عرف أنها أثقل ممّا اخذ . وتطيب نفسه أن يجعل لهفضلها ، فقال : لابأس إذالم يكن فيه شرط ، ولووهبها كملا كان أصلح » وصحيحه الأخر[3] عنه أيضاً «إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها فلابأس إذا لم يكن بينكما شرط » بلمنه يعلم فساد القرض بهذا الشرط لا الشرط خاصّة ، فيكون الشرط في صحة القرض عدم هذا الشرط كما هوظاهر صحيح محمّد بن قيس[4] عن أبي جعفر عليه السلام «من أقرض رجلا ورقاً فلا يشترط إلّا مثلها فان جوزي بأجود منها فليقبل، ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترطه من أجل قرض ورقه» ضرورة ظهور النهي فيه في الشرطية كما في نظائره ، مضافاً إلى النّبوي[5] «كل قرض يجر منفعة فهو حرام» المراد منه بقرينة غيره صورة الشرط المنجبر بكلام الأصحاب ، بل قيل : إنه اجماع بل في المختلف الاجماع على أنه إذا أقرضه وشرط عليه أن يرد خيراً مـّما اقترض كان حراماً ، وبطل القرض ، فحرمة القرض منه حينئذ ظاهرة في فساده ﴿و﴾ انه ﴿ لم يفد الملك﴾ فيحرم على المستقرض التصرف فيه وهو مضمون عليه لكونه مقبوضاً على ذلك ولأن مايضمن

(١) الوسائل الباب ١٩ من ابواب الدين والقرض الحديث ١٣ .
(٢) « « ١٢ من ابواب الصرف الحديث ١ .
(٣) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من ابواب الدين والقرض الحديث ـ ١ .
(٤) الوسائل الباب ١٩ ـ من ابواب الدين والقرض الحديث ١١
(٥) المستدرك ج٢ص٤٩٢ جامع الصغير ج٢ص٩٤ طبع احمد حنفي لكن فيهما «فهو ربا» .

بصحيحه يضمن بفاسده» فما عن أبي حمزة من أنه أمانة ضعيف، وأضعف منه توقف المحدّث البحراني في ذلك مدّعياً أنّه ليس في شيء من نصوصنا ما يدل على فساد العقد بذلك، بل أقصاها النّهي عن اشتراط الزيادة، والخبر النّبوي[1] ليس من طرقنا. نعم يبنى فساد العقد على المسألة السابقة وهي اقتضاء فساد الشرط فساد العقد، وقد عرفت الخلاف، وإن كان ظاهرهم هنا عدم كون البطلان هنا مبنيّاً على ذلك، ولذا ادعى شيخنا في المسالك الأجماع عليه وممّا قدمنا يظهر لك مافيه، كما أنّه يظهر الوجه فيما دلّ من النصوص على أن خير القرض ماجر نفعاً كخبر محمد بن مسلم[2] وغيره «قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرّجل يستقرض من الرّجل قرضاً ويعطيه الرّهن إمّا خادماً وإمّا آنية وإمّا ثياباً فيحتاج إلى شيء من منفعة فيستأذنه فيه فيأذن له فقال: إذا طابت نفسه فلا بأس، فقلت: إن من عندنا يروون: كلّ قرض يجرّ منفعة فهو فاسد، قال: أوليس خير القرض ما جرّ منفعة؟» ومرسل مسلم[3] عن أبي جعفر عليه السلام «خير القرض ماجرّ منفعة» وخبر علي بن محمد[4] «قال: كتبت إليه القرض يجرّ المنفعة، هل يجوز أم لا فكتب عليه السلام يجوز ذلك عن تراض منهما ان شاء الله» إذ من الواضح إرادة صورة عدم الشرط التي صرّح المصنف وغيره بها بقوله ﴿نعم لو تبرّع المقترض بزيادة في العين أو الصفة جاز﴾ بل لا أجد فيها خلافاً بيننا للنصوص المتقدمة، مضافاً إلى خبر اسحاق بن عمار[5] عن أبي الحسن عليه السلام «سألته عن الرجل يكون له مع الرجل مال قرضاً فيعطيه الشيء من ربحه مخافة أن يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير أن يكون شرط عليه؟ قال: لا باس» وخبر الربيع[6] «قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل أقرض رجلا دراهم فردّ عليه أجود منها بطيب نفسه، وقد علم المستقرض والقارض أنه إنما أقرضه ليعطيه أجود منها، قال: لا بأس إذا طابت نفس المستقرض» وقول النّبي صلى الله عليه وآله[7] لما اقترض بكرا فردّ بازلا رباعياً «إن خير الناس أحسنهم قضاء» وصحيح عبدالرحمن بن الحجاج[8] «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يستقرض

---

(١) المستدرك ج٢ ص٤٩٢ عن الدعائم، جامع الصغير ج٢ ص٩٤ طبع احمدحنفي.
(٢)(٣)(٤)(٥) الوسائل الباب - ١٩ - من ابواب الدين والقرض الحديث ٤-٦.
(٦)(٨) الوسائل الباب -١٢- من أبواب الصرف ح-٣-٧.
(٧) سنن البيهقي ج ٥ ص٣٥١ وج٦ ص٢١.

من الرّجل الدارهم فيرد عليه المثقال أو يستقرض المثقال فيرد عليه الدراهم . فقال : إذا لم يكن شرط فلا بأس ، وذلك هو الفضل كان أبي عليه السلام يستقرض الدراهم المفسولة فيدخل عليه الدراهم الجلال فيقول يابني ردّها على الذى استقرضتها منه فأقول : ان دراهمه كانت مفسولة وهذه خير منها فيقول يابني هذا هو الفضل فاعطه إياها» وكأنه عليه السلام أشار إلى قوله تعالى [1] « ولا تنسوا الفضل بينكم» فتكون هي حينئذ دليلاً آخر على المطلوب ، بل وموثق أبي بصير [2] عن أبي جعفر عليه السلام «قلت له : الرجل يأتيه النبط باحمالهم فيبيعها بالأجر فيقولون له : أقرضنا دنانير فانا نجد من يبيع لنا غيرك ، ولكنا نخصك بأحمالنا من أجل أنك تقرضنا قال لا بأس به إنّما يأخذ دنانير مثل دنانيره ، وليس بثوب إن لبس كسر ثمنه ، ولا دابة إن ركبها كسرها وانّما هو معروف يصنعه اليهم» ومرسل جميل [3] «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : أصلحك الله إنّا نخالط نفراً من أهل السواد فنقرضهم القرض و يصرفون الينا غلاتهم فنبيعها لهم بأجر ، ولنا في ذلك منفعة قال لابأس ، ولا أعلم إلا قال : ولو لا ما يصرفون إلينا من غلاتهم لم نقرضهم ، فقال : لا بأس » وإن كان قد يقال : إن مثله جائز حتى مع الشرط ، كما أومأ اليه التعليل المزبور ، لعدم كونه منفعة محضة ، بل هو في مقابلة عمل كشرط البيع بالقيمة في القرض ومثله يقوى جوازه للاصل واطلاق بعض النصوص مع الشك في شمول أدلة المنع له .

وعلى كل حال فالنفع وان كان محضاً جائز أخذه مع عدم الشرط . نعم قد يقال : بأولوية تركه للمقروض اذا كان من نيته ذلك ، لموثق اسحاق بن عمّار [4] «سألت العبد الصالح عن الرجل يرهن الثوب أو العبد أو الحلي أو المتاع من متاع البيت قال : فيقول : صاحب الرهن للمرتهن: أنت في حلّ من لبس هذا الثوب ، فالبس الثوب ، وانتفع بالمتاع ، واستخدم الخادم ، قال : هو له حلال اذا أحلّه ، وما أحب له أن يفعل» وصحيح يعقوب بن شعيب [5] عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن الرجل يسلم في بيع أو عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير وعشرين ديناراً ، قال : لا يصلح

---

(١) سورة البقرة الاية ٢٣٧ .

(٢)(٣)(٤)(٥) الوسائل الباب ـ١٩ من ابواب الدين الحديث ـ١٠ـ١٢ـ١٥ـ٩ .

اذاكان قرضاً يجر شيأ فلا يصلح ، وسألته عن الرجل يأتي حريفه وخليطه فيستقرضه الدنانير فيقرضه ، ولو لا أن يخالطه ويحارفه ويصيب عليه لم يقرضه ، فقال : ان كان معروفاً بينهما فلا بأس ، وان كان انّما يقرضه من أجل أنه يصيب عليه فلا يصلح » بناءً على ارادة الكراهة منه لعدم الشرط كما أنه يمكن خروج صدر الخبر عما نحن فيه ، بناء على عدم قدح مثله ولو بصورة الشرط ، لرجوعه الى القرض بشرط السلم ، وهو مع عدم المحاباة فيه ، يمكن منع حرمته .

بل الظاهر عدم الكراهة فيما نحن فيه ، اذا لم يكن للقرض مدخلية في النفع بل كان من مقارناته كما يشير اليه خبر هذيل [1] « قلت : لأبي عبدالله عليه السلام اني دفعت الى أخي جعفر مالا فهو يعطيني ما أنفقه وأحج به وأتصدق ، وقد سألت من عندنا فذكروا أن ذلك فاسد ، وأنا أحبّ أن أنتهي الى قولك ، فقال : أكان يصلك قبل أن تدفع اليه مالك ، قلت : نعم قال : خذما يعطيك فكل منه واشرب وحج وتصدق فاذا قدمت العراق فقل جعفر بن محمد افتاني بهذا» بل قد يقال : بعدم الكراهة أصلاً ، اذا لم يكن من نيتهما ذلك ، بل اذا لم يكن من نية المقرض خاصّة .

ومن هنا خصها في الدروس بما اذا كان ذلك من نيتهما ، ولم يذكراه لفظاً ، فحينئذ لاتنافي بين هذه النصوص ، وبين النصوص السّابقة الدالة على أن خير القرض ما جرّ نفعاً ، الظاهرة في عدم الكراهة بعد حملها على ما اذا لم يكن من نيتهما كما أنّه لاتنافي بين ما دل على رجحان دفع الزيادة تحصيلاً لحسن القضاء ، وبين ما دلّ على كراهة قبول المقرض لها ، اذا كان من نيته ذلك ، وأنه انّما أقرضه له ، ونفي البأس في خبر أبي الربيع [2] غير مناف لها بعد ارادة الجواز منه .

بل قد يقال باستحباب احتساب الهدية من الدّين ، وان لم يكن من نيّة المقرض ، لخبر غياث بن ابراهيم [3] « عن أبي عبدالله عليه السلام أن رجلاً أتى علياً عليه السلام

---

(١)(٣) الوسائل الباب ـ ١٩ من أبواب الدين الحديث ـ٢ـ١ .

(٢) الوسائل الباب ـ١٢ـ من ابواب الصرف الحديث ـ٣ـ .

فقال له : ان لي على رجل ديناً فاهدى الي هدية ، قال : احسبه من دينك عليه » هذا !

والذي دعانا الى ذلك كلّه ظهور بعض النصوص بعدم الكراهة فيه ، كالأخبار الدالة على أن خير القرض ماجر نفعاً ، وغيرها، وظهور آخر في تحققها فيه، ومن هنا احتملنا التنزيل المزبور ، وقد يحتمل تفاوتها شدّة وضعفاً ، وعلى كل حال فالأمر في ذلك كلّه سهل بعد معلومية التسامح في السّنن ، وبعد ما عرفت من أن الممنوع اشتراط المنفعة صريحاً ، او اضماراً قد بنى العقد عليه ، من غير فرق بين كون المنفعة عيناً أو وصفاً .

ومنه يعلم الحكم فيما «لو شرط» الدّراهم «الصحاح» كالطازجيّة «عوض المكسرة» كالغلة لكن «قيل :» والقائل الشيخ وأبو الصلاح وابنا البراج وحمزة «يجوز فيه» لصحيح يعقوب بن شعيب[1] سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغلة ويأخذ منه الدّراهم الطازجية طيبة بها نفسه ، قال لابأس وذكر ذلك عن عليّ عليه السلام » الذي لاظهور فيه بصورة الشرط ، بل قيل : انه ظاهر في عدمها ولو سلم فبينه وبين غيره مما أطلق فيه المنع تعارض العموم من وجه ، ومن الواضح رجحانه عليه من وجوه .

كلّ ذلك مضافاً الى خصوص بعض النصوص السابقة كصحيح محمد بن قيس[2] «و» غيره فلا ريب حينئذ في أنّ «الوجه» بل الأصح «المنع» فيه ، وفي المحكي عن أبي الصلاح خاصة من جواز قرض المصوغ من الذّهب مع الإعطاء عيناً ، ومن الفضة درة والنقد المخصوص من خالص الذهب والفضّة بشرط اعطاء العتيق من نقد غيره ، اذا كان مراده الجواز مع فرض كون المشروط نفعاً للمقرض ، اذ لا دليل عليه معتدّ به ، فضلاً عن أن يصلح معارضاً .

وخبر عبد الملك بن عقبة[3] عن عبد صالح «قلت له : الرجل يأتيني يستقرض

(١)(٣) الوسائل الباب ـ ١٢ـ من ابواب الصرف الحديث ٥ـ٩ .

(٢) الوسائل الباب ـ ١٩ ـ من أبواب الدين الحديث ـ ١١

منّي الدّراهم فأوطن نفسي على أن اؤخّره بها شهرا للذي يتجاوز به عني ، فانه يأخذ مني فضّة تبر على أن يعطيني مضروبة وزناً بوزن سواء ، هل يستقيم هذا إلاّ أني لا أسمي له تأخيراً انّما أشهد لها عليه فرضي قال : لا أحبه» لا دلالة فيه على ذلك بل لعلّه لم يشترط عليه المضروبة .

وكيف كان فالتحقيق ما عرفت ، ومنه يعلم غرابة ما عن الأردبيلي من الميل الى عدم البأس في اشتراط الزيادة الحكمية مطلقاً حاكياً له عن الجماعة المزبورة ، للاصل واطلاق الأدلة ، خصوصاً نصوص [1] خير القرض ماجرّ نفعاً ، بعد عدم الاجماع وعدم ظهور تناول دليل الرّبا له ، بل دلالة أكثر أخبار المنع انّما هي بمفهوم البأس الذي هو اعم من الحرمة .

وفيه ما عرفت من ظهور الأدلة منطوقاً كصحيح محمد بن قيس [2] وغيره ، ومفهوماً ولو بقرينة غيره في المنع من اشتراط النفع عيناً أو منفعة أو صفة كما هو واضح . نعم قد يستثنى من ذلك اشتراط التسليم في بلد آخر ، وان كان فيه نفع لخبر الكناني [3] عن الصادق عليه السلام في الرجل يبعث بمال الى أرض فقال للذي يريد أن يبعث له : أقرضنيه وأنا أوفيك اذا قدمت الأرض ؟ قال : لا بأس بهذا» .

وأوضح منه خبر يعقوب بن شعيب [4] «قلت : لابي عبدالله عليه السلام يسلف الرجل الرجل الورق على أن ينقده ايّاه بأرض أخرى ، ويشترط عليه ذلك ؟ قال : لا بأس» واسماعيل بن جابر [5] «قلت : لأبي جعفر أدفع الى الرجل الدّراهم فأشترط عليه ان يدفعها بأرض اخرى سوداً بوزنها واشترط ذلك عليه قال لا بأس» إلى غير ذلك من النصوص. ولذلك صرّح به في القواعد و غيرها بعد التصريح بانصراف الاطلاق إلى بلد القرض ، بل قال فيها : سواء كان في حمله مؤنة أولا ، لكن في جامع المقاصد احتمال الفساد مع كون المصلحة للمقرض ، لجر النفع ناسباً له إلى تصريح الشهيد به في بعض فوائده ، ثم ردّه بأن الممنوع منه الزيادة في مال القرض عيناً أو صفةً ، وليس هذا واحداً منهما،

---

(١) و (٢) الوسائل الباب ١٩ من ابواب الدين الحديث ٥ ـ ٦ .
(٣)(٤)(٥) الوسائل الباب ـ١٤ـ من أبواب الصرف الحديث ـ٢ـ١ـ٥ .

ومثله الحلي في السرائر .

قلت : يمكن أن يكون مبنى الجواز النصوص المزبورة التي إن لم يسلم ظهورها في خصوص القرض ، فلا ريب في شمولها له ، فالتعارض حينئذ بينهما وإن كان من وجه إلاّ أنه لا إشكال في رجحانها عليه ، من حيث الدلالة و غيرها ، خصوصاً بعد اعتضادها بفتوى من تعرض له من الأصحاب، نعم قال في القواعد : «لو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد أو فيه مع شرط غيره ، وجب الدفع مع مصلحة المقترض ، ولو دفع في غير بلد الإطلاق أو الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض» .

وفيه ـ بعد إرادة الضرر من عدم المصلحة الذي لا يوجب على المقترض الدفع ، ولا على المقرض القبول ـ أنه مناف لعموم ما دلّ على أن المؤمنين عند شروطهم[1] ومع فرض عدم لزوم هذا الشرط و أنه كالوعد بناء على أنه شرط في عقد القرض الذي هو عندهم من العقود الجائزة لا ينبغي مراعاة المصلحة أيضاً ، و من هنا قال في الدروس: ولو دفع إليه في غير مكانه مع الأطلاق أو في غير المكان المشترط لم يجب القبول و إن كان الصلاح للقابض ، ولو طالبه في غيرهما لم يجب الدفع و إن كان الصلاح للدافع .

نعم لو تراضيا جاز ، ولتمام تحقيق ذلك مقام آخر ، وقد سبق منا بعض الكلام فيه ، و تسمع في اشتراط الأجل بعضه أيضاً ، و على كل حال فليس من جرّ النفع اشتراط المقرض رهنا على ما أقرضه ، او كفيلاً او اشهاداً و نحو ذلك ممّا لا يندرج في اطلاق المنع السابق، فيبقى ما دلّ على الجواز من عموم ادلة الشرط وغيره بلا معارض ، بل في القواعد وجامع المقاصد : أن الأقرب جواز اشتراط ذلك على دين آخر، محتجاً عليه في الأخير بأن ذلك ليس زيادة في مال القرض، وإنّما هو شرط خارج عنه ، وإن كان زيادة بحسب الواقع ، فإن المنهي عنه هو الزيادة في مال القرض .

وإن كان قد يناقش فيه بأن المستفاد من النصوص السابقة فضلاً عن الخبر العامي الذي تلقاه الأصحاب هنا بالقبول[2] «وهو كل قرض جر نفعاً فهو حرام» المنع عن كل

---

(١) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ـ ٤

(٢) المستدرك ج ٢ ص ٤٩٢ سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٥٣

نفع للمقرض ، كركوب دابّة أو عارية متاع أو انتفاع برهن أو نحو ذلك ، كصحيح محمّد بن قيس[١] وغيره ، و إن لم يكن بزيادة في نفس المال المقترض ، ومن هنا استجود المنع في الدروس.

ومنه يظهر وجه المنع في القرض بشرط البيع مثلاً محاباة، لوضوح جر النفع، خلافا لهما فلم يفرقا بينه وبين البيع بثمن المثل ، وهو كما ترى ، ضرورة عدم صدق جرّ النفع في الثاني دون الاوّل ، وإن اتفق احتياجه إليه كوضوح الفرق بين القرض وبين البيع محاباة بشرط القرض، إذ لا يصدق على القرض أنه اشترط فيه ما يجر منفعة، وإن كانت المنفعة هي السّبب في وقوعه ، إلاّ أنه لا يخلو من كراهة، لصحيح يعقوب بن شعيب[٢] المتقدم آنفاً في قرض صاحب السلم ، مع أنه لا دلالة فيه على اشتراط ذلك في عقد السلم ولا على التحابي فيه فلاحظ وتأمّل .

ولو كان الشرط نفعاً للمستقرض دون المقرض كما إذا اشترط إعطاء الغلة عوض الصّحاح ، أو اشترط عليه أن يقرضه شيأ آخر و نحو ذلك جاز بلا خلاف ولا إشكال، نعم احتمل في الدروس المنع في الثاني مع فرض النفع له ، كما إذا كان الزمان زمان نهب أو غرق ، وفيه أن مثله غير قادح لا أقل من الشك في اندراج مثله تحت أدلة المنع والله أعلم، هذا .

وليعلم أنه إن كانت الزّيادة التي ردّها المقترض من غير شرط حكمية كالجيّد بدل الرديّ والكبير بدل الصغير كما صنعه النبي ﷺ ملكه المقرض ملكاً مستقراً بقبضه ، وكان بأجمعه استيفاء ، وإن كانت عينية كما لو دفع اثنى عشر ، من عليه عشرة، ففي كون المجموع وفاء كالحكمي بناء على أنه معاوضة عما في الذمة ، غايته كونه متفاضلاً وهو جائز بالشرط وهو عدم الشرط ، أو يكون الزائد بمنزلة الهبة ـ فيلزم حكمها من جواز الرجوع فيه ، على بعض الوجوه الآتية ، إلتفاتاً إلى أن الثابت في الذمة إنّما هو مقدار الحق ، فالزائد تبرع خالص ، وإحسان محض ، وعطية منفردة ـ احتمالان ، قد

(١) (٢) الوسائل الباب -١٩- من ابواب الدين الحديث -١١-٩.

اعترف في المسالك بأنه لم يقف فيه على شيء ، لكن قال : لعل الثاني أوجه خصوصاً مع حصول الشك في انتقال الملك ، قلت : لكن يشكل مع عدم تعيين الوفاء منها ، كما أنه يشكل جعله من المعاوضة عمّا في الذّمة ، بناء على عموم الرّبا، فلاريب في أن الأحوط في الربوى تعيين الوفاء ، ثم هبة الزائد والأمر سهل .

إنما الكلام في وجوب القبول على المقترض، صرّح في التذكرة بذلك مع كون الزيادة حكمية، وتبعه الأردبيلي فيما حكي عنه ، لأصالة براءة ذمّة المقترض ، ولانه يندرج تحت مثل المال وإن تضمن زيادة ولظهور النصوص في كون ذلك وفاء و إن كان هو أحسن أفراده .

وقد يناقش بأنه ليس في النصوص إلاّ عدم البأس بالأخذ، وهو أعم من الوجوب الذي هو حكم شرعي يحتاج إلى دليل واضح، على أنه قد عرفت كراهة أخذ المقرض الزيادة وإن كانت وصفية ، فكيف يجامع الوجوب .

و منه يعلم وضوح عدم وجوب القبول في الزيادة العينية التي لاتخلو من المنة التي من المعلوم عدم وجوب قبولها، بل ربّما تتحقق في الزيادة الوصفية، لكن الإنصاف عدم خلو القول بالوجوب في الزيادة الوصفية التي لاتخرج المدفوع عن الجنس من قوة ، نحو ما سمعته في السّلم ، ولظهور النصوص[1] في أن ذلك أحسن أنواع الوفاء ، أما العينية فالمتجه عدم وجوب قبولها والله أعلم .

﴿الثاني﴾ مما يقع النظر فيه ﴿ما يصح إقراضه وهو﴾ عند المصنف ﴿كل ما يضبط وصفه﴾ الذي تختلف القيمة باختلافه ﴿وقدره﴾ إن كان من شأنه التقدير ، ولو لتوقف الضبط عليه، ولاريب في طرده ، بمعنى صحّة قرض مضبوط الوصف والقدر بل لاخلاف فيه لاطلاق الأدلة ، إنّما الكلام في عكسه وهو أن كلما لايضبط وصفه ولا قدره لايجوز قرضه، إذ يمكن منعه للاطلاق المزبور خصوصاً على المختار من أن الثابت في قرض القيمي قيمته الّتي لامدخلية في ثبوتها في الذمّة ، لضبط الوصف الذي يراد منه دفع المثل وفاء .

(١) الوسائل الباب ـ ١٢ ـ من ابواب الصرف .

كما أنه قد يمنع وجوب اعتبار ضبط الوصف سابقاً على القرض في صحته ، على وجه لا يجدي اعتباره بعد القرض والقبض، لعدم الدليل الصالح لتقييد الأطلاق المعتضد باطلاق جملة من الأصحاب الذين لم يذكروا هذا الشرط كبني زهرة وحمزة وإدريس و غيرهم ، والتعليل بأن ذلك مقدّمة للوفاء لا يقضي بالاشتراط المزبور ، بل قد يقال : بعدم فساد القرض بالإخلال به أصلاً ، إذ أقصاه ثبوت مثله أو قيمته في الذمّة، فإن علما ببيّنة ونحوها وجب تأديتهما ، وإلا رجع إلى الصلح .

وكذلك الكلام في القدر ، خصوصاً مع إرادة المعتاد منه ، كما صرّح به بعضهم و يقتضيه ظاهر الأطلاق ، فلا يجدي المكيال المجهول والصنجة المجهولة ، و خصوصاً مع إرادة اعتبار ذلك حتى فيما يكفي في بيعه المشاهدة ، كالتبن والحطب ونحوهما ، لتوقف إثبات عوضه في الذمّة على الأعتبار المزبور ، فهو كالسّلم فيه .

ولذا قال في المسالك : الضابط في قرض المثلي اعتبار ما يعتبر في السلم من الكيل والوزن والعدد ، إلى أن قال: وحينئذ فلو أقرض المقدّر غير معتبر لم يفد الملك ، ولم يجز التصرف فيه، وإن اعتبره بعد ذلك ، ولو تصرف فيه قبل الأعتبار ضمنه، وتخلص منه بالصلح كما هو وارد في كل ما يجهل قدره وقال في التذكره «تارة يجب في المال أن يكون معلوم القدر ليتمكن من قضائه ، وأخرى قد بينا أنه لا يجوز إقراض المجهول، لتعذر الردّ ، فلو أقرضه دراهم أو دنانير غير معلومة الوزن أوقية من طعام غير معلومة الكيل ولا الوزن ، أو قدرها بمكيال معين أو صنجة معينة غير معروفين عند الناس لم يصح، وقال في التحرير «لا يجوز اقتراض المكيل والموزون جزافاً، وكذا لو قدره بمكيال بعينه أو صنجة معيّنة غير معروفين عند العامة ، ولو كانت الدراهم مما يتعامل بها عددا اشترط تعيين العدد ، و يردّ عدداً و إن استقرض وزناً ردّ وزناً ، و كذا كل معدود يجب معرفة عدده وقت الاقراض» و قال في الأرشاد « وكل مضبوط بما يرفع الجهالة من الأوصاف يصح إقراضه، فإن كان مثلياً ثبت في الذّمة مثله، وإلا القيمة وقت التسليم» وفي الدروس «إنّما يصح القرض مع الملك أو إجازة المالك ، وعلم العين بالمشاهدة فيما يكفي فيه ، و بالاعتبار كيلاً و وزناً أو عدداً فيما شأنه ذلك ، و يجوز إقراض الخبز

وزناً وعدداً ، إلّا أن يعلم التفاوت، فيعتبر الوزن، ويجوز إقراض المثلي إجماعاً ، وكذا القيمي الذي يمكن السلف فيه. وفيما لايضبطه الوصف كالجوهر واللحم والجلد قولان ، مع اتفاقهم على جواز إقراض الخبز عملاً بالعرف العام ، ولا يجوز السلم فيه، والمنع للمبسوط، والجواز للسرائر» قلت: الموجود في السرائر قال الشيخ في مبسوطه «لايجوز إقراض مالايضبط بالصفة ، والصحيح أن ذلك يجوز ، لأنه لاخلاف بين أصحابنا في جواز إقراض الخبز ، و إن كان لايضبط بالصفة ، لأنهم أجمعوا أن السلم لايجوز في الخبز، لأن السلف لايجوز فيما لا يمكن ضبطه بالصفة ، والخبز لايضبط بالصفة . وقال شيخنا في مبسوطه «يجوز استقراض الخبز إنشاء وزناً وإنشاء عدداً ، لان أحداً من المسلمين لم ينكره ، ومن أنكره من الفقهاء خالف الأجماع ، وظاهره خروج ذلك عما ذكره من الضابط ، كما أن ظاهر السرائر جواز قرض كل مالا يضبطه الوصف، لاخصوص الخبز .

و على كل حال فالشرط المزبور على الوجه المذكور إن كان مستنده إجماعاً مؤيّداً بالتعليل السابق الذي مرجعه إلى أن الشارع لم يشرع معاملة موقوفة على التراضي مؤدية إلى التنازع ، ضرورة أن الأصل في مشروعية العقود قطع النزاع ، وإلاّ كان محلا للنظر والتأمل ، سيّما بعد أن كان القرض قسماً من الضمانات ، و إن توقف على التراضي ، وهي لافرق فيها بين المجهول والمعلوم .

ومن هنا صح قرض القيمي بقيمته وإن لم تعرف القيمة حال القرض على الاقوى بل في المسالك نسبته إلى اطلاق كلام الاصحاب قال : «وهل يعتبر في صحة القرض العلم بقيمته عنده لينضبط حالة العقد ، فإن ذلك بمنزلة تقدير مايقدر بالكيل والوزن أم يكفي في جواز إقراضه مشاهدته على حدّ ما يعتبر في جواز بيعه ، ويبقى اعتبار القيمة بعد ذلك امراً وراء الصحة ، يجب على المقترض مراعاته لبراءة ذمته ، حتى لو اختلفا في القيمة فالقول قوله ـ وجهان ، وإطلاق كلام الأصحاب يدل على الثاني ، وللاوّل وجه وربّما كان به قائل .

اللهم إلا أن يقال : إن القرض وان كان له شبه في الضمانات إلاّ أنه من المعاوضات

أيضاً ، إذهو كما عرفت دفع الشيء بقصد ثبوت عوضه في الذمة ، فوجب الضبط لمعرفة العوض ، فبناء على ضمانه بالمثل مطلقاً حتى أن ما لامثل له لايصح قرضه ـ وجب ضبط أوصاف المال المقرض حتى يكون الثابت في الذمة عوضه ، ويتمكن المقترض من وفائه و بناء على ضمان القيمي منه بالقيمة مطلقاً ، أوفي خصوص ما لايضبطه الوصف منه كالجواهر ، وجب ضبط أوصافه لمعرفة القيمة الثابتة في الذمة ـ عوضاً عنه ، و الله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يجوز اقتراض الذهب والفضة ﴾ و غيرهما مما يضبطه الوزن ﴿ وزناً ﴾ بعد ضبط الصفات ﴿ والحنطة والشعير ﴾ و نحوهما مما يضبطه الكيل نظراً إلى المتعارف ﴿ كيلاً و وزناً و ﴾ أما ﴿ الخبز ﴾ فيجوز ﴿ وزناً ﴾ بلا خلاف بل الإجماع بقسميه عليه لكن بعد ضبط الوصف ﴿ و ﴾ كذا يجوز ﴿ عدداً ﴾ عندنا ﴿ نظرا إلى المتعارف ﴾ بل الظاهر إمكان تحصيل الإجماع عليه فضلاً عن المحكي .

مضافاً إلى خبر الصباح بن سيابة [١] « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : إن عبدالله بن أبي يعفور أمرني أن أسألك قال : إنا نستقرض الخبز من الجيران فنرد أصغر منه أو أكبر منه ؟ فقال عليه السلام : نحن نستقرض الجوز الستين و السبعين عدداً فيه الصغير و الكبير لابأس » و خبر اسحاق بن عمار [٢] « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : استقرض الرغيف من الجيران و نأخذ الكبير و نعطي صغيرا أو نأخذ صغيرا و نعطى كبيراً ؟ قال : لابأس » وخبر غياث [٣] «عن جعفر عن أبيه عليهما السلام لابأس باستقراض الخبز» بل الخبران الأولان صريحان في الجواز مع التفاوت ، فوجب حمل التفاوت في عبارة الدروس السابقة على غير اليسير الذى يتسامح فيه ، كما أنه يجب حمل ذلك على التفاوت من حيث الصغر و الكبر ، أما الأوصاف فيجب المحافظة عليها مالم يعلم التسامح فيها .

---

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب ـ ٢١ ـ من ابواب الدين ـ ٢١ - ٣

وعلى كلّ حال فما عن أبي حنيفة من عدم جواز قرض الخبز ، واضح الضعف كضعف ما عن أبي يوسف من وجوب الردّ وزناً لاعدداً وأحد قولي الشافعي من وجوب ردّ القيمة إلا إذا شرط المثل في وجه .

﴿و﴾ على كل حال فـ﴿كل﴾ مثلي وهو عند المصنف وجماعة ﴿ما تتساوى أجزاؤه﴾ في القيمة والمنفعة و تتقارب صفاته ، بمعنى أن قيمة نصفه تساوي قيمة النصف الآخر ويقوم مقامها في المنفعة وتقاربها في الوصف ، وهكذا كل جزء بالنسبة إلى نظيره لامطلقاً ﴿ يجوز قرضه ﴾ بلا خلاف بل النصوص و الأجماع بقسميه عليه ﴿ و ﴾ على أنه ﴿يثبت في الذمة مثله ﴾ و ذلك ﴿ كالحنطة والشعير والذهب والفضة ﴾ ونحوها .

نعم هو كذلك مع وجوده ، ومع التعذر ينتقل إلى القيمة ، وفي اعتبار يوم القرض أو التعذر ، أو المطالبة ، أو الدفع ، أوجه ، أقواها الأخيران اللّذان اختار ثانيهما في المختلف بعد أن حكى أولهما عن السرائر إذ سبق علم الله تعالى بتعذر المثل وقت الأداء لايوجب الانتقال إلى القيمة ، إذ لامنافاة بين ضمان المثل وقت القرض ، طرداً للقاعدة الأجماعية ، و الإنتقال إلى القيمة عند المطالبة ، أو الدفع ، كما أن التعذر بمجرده لايوجب الإنتقال إلى القيمة ، لعدم وجوب الدفع حينئذ ، فتشخص ضمان المثلي الذي هو حكم وضعي لاينافيه التعذر إلى أن يجب دفعه بالمطالبة ، فحيث لم يوجد الآن ينتقل إلي قيمته ، ومنه يعلم قوة أوّل الأخيرين .

لكن قد يقال : إن المطالبة لا تشخص القيمة في ذلك الوقت على كل حال ، بل أقصاها وجوب دفع القيمة ، وإن اتفق كونها وقتها مقداراً مخصوصاً ثم تغير إلى زيادة أو نقصان ، فالبدل عن المثل حينئذ لا يتشخص إلاّ بالدفع ، إذ هو كالمعاملة عليه بها .

ومن هنا يمكن دعوى عدم وجوب قبولها مع عدم الطلب ، لأن المضمون إنما هو المثل كما يؤمي إليه ماتقدم في السلف ، فينتظر حينئذ حتى يحصل ، و منه ينقدح احتمال عدم وجوب الدفع مع المطالبة أيضاً ، لأنه غير الحق و ظهور ضعفه يوجب قوة احتمال وجوب القبول مع الدفع ، لانقلاب الدين إلى القيمة بالتعذر ، سيّما مع

شدة حاجة الناس إلى براءة الذمّة .

لكن قد يدعى ظهور كلمات الأصحاب في وجوب الدفع مع المطالبة ، و عدم وجوب القبول مع عدمها وإن دفع ، وهو لايخلو من وجه ، بل قوّة وإن لم يكن ذلك محرزاً في كلامهم ، كما أنه لم يحرز فيه جواز قرض المثلي مشترطاً عوضه القيمة ، كماسمعته عن الشافعي في الخبز ، وكذا قرض القيمي مشترطا مثله الصورى بناء على ضمانه بالقيمة مع الأطلاق ، و على العكس العكس ، و لعل إطلاق ادلة القرض و عموم [1] « المؤمنون عند شروطهم » يقضي بجوازه ما لم يندرج تحت جرّ النفع ، كما إذا اشترط الزيادة في قيمته .

﴿و﴾ على كل حال فـ﴿ ماليس كذلك ﴾ بل كانت أجزاؤه مختلفة في القيمة والمنفعة ، يجوز قرضه عندنا ، إذا كان مما يضبطه الوصف ، بل لاخلاف أجده فيه لاطلاق الأدلة ، و لخصوص فعل النبي ﷺ [2] المتمم بعدم القول بالفصل ، و المشهور نقلاً و تحصيلاً أنه ﴿ يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم ﴾ الذى هو أوّل أوقات ملك المقترض ، وهو المراد من تعبير بعضهم وقت القرض ، لغلبة اتصاله به ، بل الغالب وقوع القبول به أو مقارناً له ، ولا اعتبارهنا بوقت المطالبة أو الأداء قطعاً كما هو واضح .

والوجه في ثبوت القيمة أن القرض قسم من الضمانات وإن توقف على التراضي ولاريب في أن ضمان القيمي بالتلف وغيره بالقيمة لاالمثل ، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه هناك وإن كان يظهر من الشهيد في الدروس أن ميل المصنف هنا إلى أن الضمان بالمثل جار فيها أيضاً ، لكن هو وغيره صرّح في باب الغصب بأن ضمان القيمي بالقيمة فلاحظ وتدبر ، ولعلها لأنها البدل عن العين عرفاً في الغرامات ، باعتبار عدم تساوي جزئيات العين المضمونة ، و اختلاف صفاتها ، فالقيمة حينئذ أعدل خصوصاً في مثل الحيوان الذي لم يعرف الباطن منه ، ولا كثير من صفاته .

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من ابواب المهور الحديث ـ ٤

(٢) سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٥١ .

لكن قال المصنف هنا ﴿ ولوقيل يثبت مثله ﴾ في الذمة ﴿ أيضاً ﴾ كالمثلي ﴿ كان حسنا ﴾ لأنه أقرب إلى الحقيقة من القيمة ، ولما روي عن النبي [١] ﷺ أنه أخذ قصعة امرأة كسرت قصعة أخرى»[٢] وحكم بضمان عايشة إناء حفصة و طعامها بمثلهما ،[٣] و أنه استقرض بكرا ورد بازلاً تارة ، وأخرى استقرض بكرافأمر برد مثله .

وفي الدروس والمسالك نسبة المصنف إلى الميل إليه ، بل في الثاني أنه لعلّه أفتى به إلاّ أنه لايعلم به قائل من أصحابنا ، كما يشعر به قوله ، ولوقيل ، كما أنه في الاوّل و تظهر الفائدة فيما إذا وجد مثله من كل الوجوه التي لها مدخل في القيمة و دفعه الغريم ، فعلى الثاني يجب القبول ، وعلى المشهور لا يجب ، و فيما إذا تغيرت اسعار القيمي فعلى المشهور المعتبر قيمته يوم القبض ، وعلى الا خر يوم دفع العوض ، وهو ظاهر الخلاف .

قلت : و منه يعلم موافقته للمصنف ، كما أن ظاهر التذكرة ذلك أيضاً و إن كان لم يطلق كاطلاق المصنف ، قال : «مال القرض إن كان مثلياً وجب رد مثله اجماعا وإن لم يكن مثليا فإن كان مما ينضبط بالوصف وهو ما يصح السلف فيه كالحيوان أو الثياب فالأقرب أنه يضمن بمثله من حيث الصورة ، لأنّ النبي ﷺ استقرض بكراً إلى آخر ماسمعت ، وهو قول أكثر الشافعية ، وقال بعضهم إنه يعتبر في القرض بقيمته ، لأنه لامثل له فإذا استقرضه ضمنه بقيمته كالاتلاف . إلى أن قال بعد أن فرق بين القرض والاتلاف : وأمّا مالاينضبط بالوصف كالجواهر والقسيّ و مالايجوز السلف فيه تثبت قيمته ، وهو أحد قولي الشافعية .

نعم قد يظهر من المصنف فيما يأتي عدم جواز قرض مثل ذلك ، و به يحصل الفرق بينهما ، وعلى كل حال فقد يناقش فيه بأنه إن كان المنشأ في ضمان المثل قصد المتعاقدين فمع أنه ممنوع يمكن خروج ذلك عن النزاع ، إذ قد عرفت احتمال جوازه

(١) (٢) (٣) سنن البيهقي ج ٦ ص ٢١ و٩٦ .

مع الشرط كاشتراط القيمة في المثل ، و البحث مع عدم قصد المتعاقدين سوى كونه مضموناً ، ومن المعلوم ضمان القيمة فيمثلهشرعاً في غيرالقرض من أنواع الغرامات ، كما اعترف به الفاضل المزبور في الإتلاف .

و دعوى الاقربية الى العين المضمونة ـ بعد عدم معرفة كثير من الصفات و لذا أطلق عليه الفاضل مثل الصورى ـ في حيّز المنع ، وفرض وجود مثل له من كل وجه تتفاوت القيمة به لاتبتني على مثله الاحكام الشرعية ، مع أنه قد يقال على تقدير وجوده بعدم وجوبه ، لأن المعاوضة قد وقعت بالقيمة ، وليس هو مخاطباً برد العين حتى يتحرى الأقرب إليها ، كما في تلف المغصوب ، مع أنك قد عرفت تسليم الخصم فيه الضمان بالقيمة فتأمّل .

والخبران الأوّلان ـ مع أنهما عاميان ، ووارادان في الضمان الذي لا يقول به الخصم ، ومعارضان بما ورد من تضمين معتق الشقص للقيمة ، و أنهما حكاية فعل لا عموم فيه ، يمكن التزام مثلية ماتضمناه ، وأمّا الأخيران فيجرى فيهما أكثر ماسمعت و أنه يمكن كون رد البازل ، بل والمثل منه صلى الله عليه وآله لرضا المقرض به ، باعتبار زيادته خيراً كل ذلك .

لكن الإنصاف عدم خلو القول به من قوة ، باعتبار معهودية كون قرض الشيء بمثله ، بل مبنى القرض على ذلك ، بل قد يدعى انصراف اطلاق القرض إليه ، وربّما يؤيده نصوص الخبز الذى يقوى كونه قيمياً ، و لذا تجب قيمته في إتلافه بأكل و نحوه ، فالأحتياط فيه لاينبغي تركه .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ﴿ يجوز اقراض الجوارى ﴾ بلاخلاف فيه بيننا كما في المسالك . وما عن المبسوط و الخلاف لانص لنا و لا فتيا في إقراض الجواري و قضية الأصل الجواز ليس خلافا ، ضرورة إرادة النص بالخصوص ، بل ظاهره أو صريحه الجواز كما هو كذلك ، لإطلاق الادلة وصحة السلف فيها كالعبيد ، فتضمن حينئذ بالمثل أو القيمة ، على اختلاف القولين خلافا لبعض العامة ، فمنع من قرض الجواري التي يحل للمقترض وطؤها بعد الاطباق منهم على قرض العبيد و الجوار التي لايحل

للمقترض وطؤها ، معللا ذلك بما هو أوضح من الدعوى فساداً ، فتدخل في ملك المقترض بالقبض بناء عليه ، وله حينئذ الانتفاع فيها بالوطي وغيره .

أما على القول بالتصرف فليس له الوطي كما في المسالك ، إلا أنه احتمل فيما يأتي جوازه أيضا كالأمة المشتراة بالمعاطاة .

وفيه أنه ممنوع فيها بناء على عدم الملك ، إذ لامستند له إلّا الاباحة من المالك التي لاتجدي في جواز الوطي المتوقف على عقد ، والكشف به عن الملك لو قلنا به لايؤثر في جواز الأقدام ، كالملك الضمني المقدر في نحو أعتق عبدك عني ، فهو من جملة مايرد على اعتبار التصرف في الملك كما ستعرف .

و يجب قبولها او أرجعها بعد الوطي إذا لم تتعيب به أو تحمل ، بناء على ضمان القيمي بمثله ، ضرورة كون ردّ نفس العين وفاء عمّا في ذمّته ، لأنها أحد أفراد الكلي الذى فيها ، بل قد يقال بوجوب قبولها على الضمان بالقيمة التي وضعت بدلا عن العين ، فاذا أمكنت ببذل المقترض كانت أقرب إلى الحق من القيمة ، أو لأن القرض من العقود الجائزة ولو من جهة المقترض ، فله الفسخ حينئذ ، ورجوع كل من العوضين إلى ملك صاحبه ، اولدعوى ظهور القرض في قصد المتعاقدين قبول العين لوردّها ، لانه إحسان محض ، أولغير ذلك ممّا ستعرفه ، و إن كان لايخلو من اشكال والله أعلم .

﴿ و ﴾ على كل ف﴿هل يجوز اقتراض اللآلي﴾ ونحوها ممالايضبطها الوصف ﴿ قيل ﴾ و القائل الشيخ فيما حكي عنه ﴿ لا ﴾ يجوز و في المسالك أنه يتم على القول بوجوب ردّ المثل في مثل ذلك، وهو الذي أشار اليه المصنف بقوله ﴿ وعلى القول بضمان القيمة ﴾ فيه أو مطلقا ﴿ ينبغي الجواز ﴾ ضرورة ظهوره في أنه لا ينبغي الجواز بناء على غيره ، لكن قد يقال : بصحة قرضه لإطلاق الأدلة والرجوع في الوفاء إلى الصلح ، كما أنه قد يقال بصحة قرض مالايصح السلم فيه لعزة وجوده وإن ضبطه الوصف ، فيكلف بالمثل حينئذ مع الوجوب عليه . و إلاّ انتقل إلي القيمة فتأمّل جيّدا والله أعلم .

(الثالث)

من الامور التي يقع فيها النظر ﴿في أحكامه وهي مسائل الأولى : القرض﴾ أي المال المقترض ﴿ يملك بالقبض ﴾ عندنا كما في التذكرة ، وبلاخلاف فيه بيننا في السرائر ، بل قيل : إن جملة من العبادات تشعر بالاجماع عليه ، بل عن بعضهم دعواه صريحاً عليه ﴿ لاقبله ﴾ بعقد القرض إجماعاً بقسميه ﴿ ولا بالتصرف ﴾ بعده ، لاصالة عدم شرط آخر في حصول الملك بالعقد الذي لولا الاجماع السابق لاتّجه القول بحصوله بتمامه من دون قبض ، على حسب غيره من العقود التي لاريب في ظهور الأدلة في اقتضائها التمليك ، ضرورة صدق مسماها بها .

اللهم إلاّ أن يمنع خصوص عقد القرض منها ، بدعوى ظهور الأدلة في توقف مسماه على حصول القبض ، وعليه فالمتجه حصول الملك به حينئذ من غير حاجة إلى أمر آخر من التصرف وغيره .

ودعوى أنه هو الشرط ، لأنه شرط آخر بعد القبض ، يدفعها معلومية عدمها عند الخصم ، ومقتضاها جواز التصرف به من البيع ونحوه قبل القبض ، وهو معلوم العدم ، بل لابد من القبض باذن المالك في جواز التصرف ، وحينئذ فعدم البأس بسائر أنواع التصرفات فيه التي منها المعلوم توقفه على الملك كالوطي ، أقوى شاهد على حصول الملك قبله .

كما أشار إليه المصنف بقوله و﴿لانه فرع الملك فلايكون مشروطاً به ﴾ وأومأ إليه ابن زهرة في الغنية حيث قال : « وهو مملوك بالقبض ، لأنه لاخلاف في جواز التصرف بعد قبضه ، ولو لم يكن مملوكا لما جاز ذلك » كالفاضل في التذكرة حيث استدل عليه بأنه قبض لايجب أن يتعلق به جواز التصرف فوجب أن يتعلق به الملك كالقبض في الهبة ، ولأنه إذا قبضه ملك التصرف فيه من جميع الوجوه ، ولولم يملكه لما ملك التصرف ، ولانه يحصل بالقبض في الهبة ففي القرض أولى لان للعوض مدخلا

فيه إلى آخره .

بل لعله إليه يرجع ما في المتن والدروس وغيرهما من التعليل لنفي اشتراطه بأنه فرع الملك ، فلا يكون مشروطاً به ، وإلاّ لزم كون الشيء الواحد سابقاً وغير سابق كرجوع الوجه الآخر إليه وهو أن التصرف فيه لايجوز حتى يصير ملكا لقبح التصرف في مال الغير ، ولا يصير ملكا له حتى يتصرف فيه ، فيلزم توقف التصرف على الملك ، و الملك على التصرف .

وناقش فيه في المسالك بمنع تبعية التصرف للملك مطلقاً ، وتوقفه عليه ، بل يكفي في جواز التصرف إذن المالك فيه كما في غيره من المأذونات ، ولا شك أن الإذن للمقترض حاصل من المالك بالإيجاب المقترن بالقبول ، فيكون ذلك سبباً تاماً في جواز التصرف ، وناقصاً في افادة الملك ، وبالتصرف يحصل تمام سبب الملك ثم إن كان التصرف غير ناقل للملك ، واكتفينا به فالامر واضح ، وإن كان ناقلاً أفاد الملك الضمني قبل التصرف بلحظة يسيرة كما في العبد المأمور بعتقه عن الآمر غير المالك .

بل نقل في الدروس أن هذا القائل يجعل التصرف كاشفاً عن سبق الملك قطعاً وعلى هذا فلا اشكال من هذا الوجه ، ويؤيّد هذا القول أصالة بقاء الملك إلى أن يثبت المزيل ، وأن هذا العقد ليس تبرّعاً محضاً إذ يجب فيه البدل ، و ليس على طريق المعاوضات ، فيكون كالإباحة بشرط العوض لايتحقق الملك معه إلاّ مع استقرار بدله وكالمعاطاة .

وكأنه أخذ ذلك ممّا في الدروس قال : «وقيل : يملك بالتصرف بمعنى الكشف عن سبق الملك ، لأنه ليس عقداً محققاً ، ولهذا اغتفر فيه ما في الصّرف ، بل هو راجع إلى الإذن في الإتلاف المضمون ، والإتلاف يحصل بازالة الملك أو العين ، فهو كالمعاطاة .

وعلى كل حال يدفعها أولا أن التصرف وإن كان كثير من أفراده في حدّ ذاته غير موقوف على الملك ، إلاّ أنه في المقام كذلك لعدم إذن من المالك ، غير الإذن التي

في ضمن العقد المعلوم اشتراطها بحصول مضمون العقد، وهو هنا التمليك بعوض فالتصرفات مع فرض عدم حصول الملك لاإذن فيها .

ومن هنا قالوا إن المعاوضات على تقدير بطلانها لايجوز التصرف بالإذن الحاصل في العقد، ضرورة عدم بقاء المقيد بدون المقيد، ولا يرد نحو ذلك على شرطية القبض، إذ لابد عندنا من الإذن فيه بعد العقد، فاذا وقع بعنوان عقد القرض حصل الملك، فيقع التصرف حينئذ في ملك على حسب مااستفيد من العقد، وثانياً أن جملة من التصرفات لاتجدي معها الاذن المزبورة كالوطي المتوقف على الملك أو العقد، وكالبيع الذي لايجوز لغير مالكه إلاّ بالوكالة أوفضولاً ومعلوم انتفاؤهما .

وثالثا أنه من الواضح الفرق بين القرض والإباحة بعوض، على فرض تسليم مشروعيتها مستقلة، إذهو عقد قدقصد منه التمليك بالعوض، بخلافها، ومضمون على القابض ولو بالتلف السّماوي، بخلافها، ولوكان القرض راجعاً إليها لم يكن لعقده ثمرة أصلا، على أنه كيف يمكن رجوعه اليها ولم تكن من قصد أحد المتعاقدين بل مقصودهما معاً خلافها، وهو التمليك بعوض في الذمّة .

وأيضاً مرجع الإباحة بعوض في الإتلاف بغير نقل إلى الضمان، وإن كان التلف لملك المبيح، وأما في التصرف الناقل كالبيع ونحوه إلى إرادة اثبات عوضه في الذمّة ثم التصرف فيه، فمع فرض وقوع ذلك منه كان في إثبات عوضه في ذمته موجباًقابلا فيكون ملكاً له قبل الإنتقال إلى المشتري مثلا بآن مّا، بل ربّما كان التقدم الذاتي كافياً .

لكن ذلك كلّه موقوف على دليل صحة هذا القسم من الإباحة، حتى يتجه التزام نحوه مراعاة للجمع بينه وبين مادل على اشتراط الملك في البيع، وليس، فضلاً عن رجوع القرض إليها، بل قد يدعى - بعد الدليل - صحّة البيع من دون ملك في نحو ذلك، بل ربّما ادّعي نحوه في أعتق عبدك عني .

وعلى كل حال فالتزام كون القرض من ذلك كماترى، ومعلومية الصحة فيه شاهدة على حصول الملك بالقبض، لأنها مبنيّة على هذه الخرافات، وأوضح من ذلك

فسادا دعوى حصول الكشف بالتّصرف عن الملك من حين القبض ، ضرورة توقف صحتها على مايدل على اشتراط تأثير العقد والقبض بالتصرف حتى يكون كالرضا في عقد الفضولي ونحوه من الشرائط المتاخرة عن الأسباب المقتضية للملك التي يرجع اشتراطها إلى توقف تأثير السّبب مقتضاه على حصولها، فمعه يحصل الأثر من حين وقوع السبب ، وهذا معنى الكشف ، فالمؤثر للملك حينئذ غيره كما صرّح به في التذكرة في المقام ، فإنه بعد أن حكى القول بالملك بالتصرف مصرحاً بأنه على معنى إذا تصرف تبين ثبوت الملك قال : « وهذا يدل على أن الملك لم يحصل بالتصرف ، بل بسبب آخر قبله ، وإن كان قديدفع بصدق حصول الملك به على المعنى الذي ذكرناه ، إذ الفرض أنه شرط للسّبب كما هو واضح .

كل ذلك مضافاً إلى ظهور النصوص المتضمنة لكون الزكاة على المقترض في المختار خصوصاً صحيح زرارة [١] منها «قلت : لأبي جعفر عليه‌السلام : رجل دفع إلى رجل مالا قرضاً على من زكوته على المقرض أو المقترض ؟ قال : بل زكاته إن كانت موضوعة عنده حولا على المقترض ، قال : قلت : فليس على المقرض زكاته ؟ قال : لايزكى المال من وجهين في عام واحد وليس على الدافع شيء ، لأنه ليس في يده شيء إنما المال في يد الآخذ، فمن كان المال في يده كانت الزكاة عليه ، قال قلت : أفيزكي مال غيره من ماله ؟ قال : إنه ماله مادام في يده ، وليس ذلك المال لأحد غيره ، ثم قال : يازرارة أرأيت وضيعة ذلك المال أو ربحه لمن هو وعلى من هو ؟ قلت : للمقترض ، قال : فله الفضل وعليه النقصان ، وله أن ينكح ويلبس منه ، ويأكل منه ، ولا ينبغي له أن يزكيه ، فإنه عليه جميعاً» .

بل هو دال على المطلوب من وجوه ، والموثق [٢] « رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت ، فقال الرجل : كانت عندى وديعة ، وقال الآخر : إنما كانت عليك قرضاً ، قال : المال لازم له ، إلاّ أن يقيم البيّنة أنها كانت وديعة » أللهم إلاّ أن يقال

(١) الوسائل الباب ـ ٧ـ من ابواب من تجب عليه الزكاة الحديث ـ ١ .

(٢) الوسائل الباب ـ ٧ ـ من احكام الوديعة ـ الحديث ـ ١ .

بتوقف الملك على التصرف ، لا الضمان ، و فيه بحث ، و بعد التـ
تقدم كفاية .

فمن الغريب ميل ثاني الشهيدين إليه وان قال بعد ذلك : إن العمل على المشهور ، خصوصاً بعد عدم معروفية الخلاف فيه بيننا ، وإن نسبه في التنقيح إلى المبسوط والخلاف ، إلاّ أنه لم نتحققه ، بل في الدروس نسبة المشهور إلى الشيخ ، بل المحكي عنه في مسئلة ارتجاع المقرض العين ماهو كالصّريح في حصول الملك بالقبض ، لكنه كالهبة يجوز فسخه ، وستعرف تحقيق الحال في ذلك ، و خصوصاً بعد اجمال المراد من التصرف ، إذ من المحتمل مطلق التصرف كما عن الشهيد في بعض تحقيقاته ، وعليه يعود النزاع لفظيّاً كما في الرياض ، فإن القبض نوع منه أو التصرف الناقل للملك لزوماً ، أو المتلف للعين ، وهو الذي استظهره في التذكرة ، بل في المسالك أنه الظاهر من كلماتهم ، و في الناقل عن الملك جوازاً وجهان وجيهان .

لكن يشكل حينئذ انعتاق الوالد الذي استقرضه ولده بناء على الكشف بالتصرف ، ضرورة اقتضائه حينئذ فساد التصرف بالإنعتاق ، فلايكون التصرف كاشفاً لبطلانه ، فيلزم حينئذ من وجوده عدمه ، فلا يؤثر ، أو التصرف المتوقف على الملك كالبيع والهبة ونحوهما ، لاالرهن ونحوه ممّا لايتوقف على الملكية ، ضرورة جواز الاستعارة للرهن بخلاف البيع مثلا ، على أنه له ولا دليل على شيء منها ، ولا على ماعن بعضهم من أن الضابط فيه مايقطع به رجوع الواهب والبايع عند إفلاس المشتري ، و أما ثمرة الخلاف فقد قيل : إنها تظهر في الرجوع بالعين قبله ، وعدمه .

وفيه ماستعرف من إمكان بناء الخلاف في ذلك على جواز عقد القرض ولزومه ، فعلى القول بأنه يملك بالقبض يمكن القول بالرجوع في العين ، لجواز العقد فهو كالهبة ، نعم تظهر في النماء إذا حصل الملك بنفس التصرف ، أو كان الملك فيه ضمنياً ، وأمّا على الكشف من حين القبض فلا ، وكذا النفقة وغيرها بل الثمرة كثيرة

إلاّ أنه لاينبغي تطويل الكلام بعد معلومية فساد الأصل والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿هل للمقرض إرتجاعه﴾ أي المال المقترض بعد القبض وإن قلنا يملك به ﴿قيل : ﴾ والقائل الشيخ ﴿نعم ولوكره المقترض﴾ لأنه لايزيد على الهبة ، وللأجماع على كونه من العقود الجائزة التي من المعلوم كون المراد بجوازها فسخها و رجوع ماانتقل بها إلى مالكه ، ولأن المثل والقيمة إنما وجبت بدلا عن العين ، لغلبة خروجها عن يد المقترض ، ولأنه إذا استحق المطالبة بالمثل أو القيمة فبالعين بطريق أولى .

﴿وقيل : لا وهو الأشبه﴾ والأشهر بل المشهور بل لعلّه إجماع بين المتأخرين ﴿لأن فائدة الملك التسلط﴾ على المملوك فالأصل فيه عدم خروجه عنه إلاّ برضاه كما أن استصحاب ملك المقترض للعين والمقرض للمثل أو القيمة قاض بذلك أيضاً ، وخروج الهبة بالدليل لايقضي به هنا ، خصوصاً بعد الفرق بينهما بالمعاوضة في المقام دونها ، والاجماع على الجواز بالمعنى المعروف ممنوع بعد ما عرفت من شهرة عدم رجوع المقرض بالعين ، واحتمال تنزيل ذلك على ما إذا لم يفسخ ـ فيرجع النزاع حينئذ إلى جواز الرجوع وعدمه من دون فسخ للقرض ـ كما ترى ، إذ هو مع خلوه عن الفائدة ومخالفته لظاهر كلماتهم وصريح البعض محل للنظر ، بإمكان كون الرّجوع بالعين نفسه فسخاً وإن لم يصرح به بلفظه .

فظهر أن مراد المشهور عدم رجوع المقرض بالعين على كل حال ، وأنه ليس له الفسخ القاضي بذلك ، ومنه يعلم كون المراد بالجواز الذي ادعي الأجماع عليه أن لكل منهما فسخ المقصد المهم من القرض ، وهو الأنظار الّذي هو مبنى القرض عرفاً غالبا ، ومن هنا قال مالك : «إنه لايجوز للمقرض مطالبة المقترض قبل قضاء وطره من العين ، أو مضي مدة يمكن فيه ذلك» فذكر الأصحاب الجواز بالمعنى المزبور بقصد الردّ عليه ، ضرورة أنه وإن كان مبنى القرض ذلك ، إلاّ أنه ليس على وجه يلتزم به شرعا ، والعوض قد ثبت في الذّمة حالا ، فله المطالبة في المجلس وغيره ، كما أن للمقترض دفع ذلك متى شاء ، فالمراد حينئذ من الجواز ذلك ، لا المعنى الموجب لردّ العين

لعدم الدليل الصّالح لمعارضة ما سمعت ، بل مقتضاه الفسخ وإن حصل التصرف المغير للعين الموجب نقصها ، لعدم الدليل على لزومه بذلك على تقدير جوازه ، فيرد العين جابرا لها بالأرش ، وهو معلوم البطلان ، فتعين إرادتهم ما ذكرنا من الجواز .

ولعله إليه يرجع ما في المسالك وإن لم ينقحه كما ذكرنا ، قال ما حاصله : إن الأصل والاستصحاب يدل على المشهور ، ولا معارض لهما إلا كون العقد جايزا يوجب فسخه ذلك ، وفيه منع ثبوت جوازه بالمعنى المزبور ، إذ لادليل عليه ، وما أطلقوه من كونه جائزاً لايعنون به ذلك ، لأنه قد عبّر به من ينكر هذا المعنى ، وهو الأكثر ، وإنّما يريدون بجوازه تسلط المقرض على أخذ البدل إذا طالب بمتى شاء وإذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلامشاحة في الاصطلاح ، وإن كان مغايراً لغيره من العقود الجائزة من هذا الوجه ، وحينئذ فلا اتفاق على جوازه بمعنى يثبت به المدعى ، ولا دليل صالح على ثبوت الجواز له بذلك المعنى المشهور ، فيبقى الملك وما في الذمة على حكمهما إلى أن يثبت خلافه ، وهذا هو الوجه ، وإلّا كان ما ذكرناه أولى ، وكون الحكمة في وجوب المثل أوالقيمة ذلك ، لايقضي بجواز الرّجوع بالعين بعد أن ثبت ملك المقترض للعين ، وثبت في ذمته المثل أو القيمة وهو واضح ، كوضوح منع الأولوية المزبورة ، فظهر حينئذ أنه لامناص عن المشهور .

نعم يتجه القول بوجوب قبول المقرض للعين لو دفعها المقترض في المثلي إذا فرض عدم تغيرها ، سواء نقص السعر أولا ، ضرورة كونها أحد أفراد الكلي الذي في ذمته ، بل هي أولى من غيرها ، وكذا القيمي بناء على ضمانه بالمثل ، إذ هو كالمثلي في الحكم .

أما على القول بالقيمة فالمتجه عدم وجوب القبول لانها غير الحق الثابت في الذّمة ، فلايجب قبوله ، وليس الواجب أوّلاً دفع العين فاذا تعذر انتقل إلى القيمة إذ قد عرفت أن الثابت ابتداء القيمة بالعقد والقبض ، لكن احتمل بعضهم كالفاضل وغيره وجوب القبول ، بل في الدروس أنه الأصح ، ونقل فيه الشيخ الإجماع ، بدعوى كون مبنى القرض المشروع للإرفاق على ذلك ، ولأولوية العين ـ من القيمة والمثل

اللذين كان القصد من إثباتهما في الذّمة بدل العين ـ لغلبة خروجها من يد المقترض ولأن ثبوت القيمة في القيمي لتعذر مثله ، فمع فرض ردّ العين نفسها يتعين القبول إلّا أن الجميع كما ترى .

وأضعف منه ما احتمله في الدروس من وجوب القبول في المثلي والقيمي إن تساوت القيمة أو زادت وقت الردّ ، وإن نقصت فلا ، لعدم الدليل له سوى اعتبار لا يصلح لتأسيس حكم شرعي ، فتأمل ، كما أنه قد يتوقف فيما ذكره أيضاً من أنه لو ظهر في العين المقترضة عيب فله ردّها ولا أرش ، فإن أمسكها فعليه مثلها أو قيمتها معيبة ، وهل يجب عليه إعلام المقترض الجاهل بالعيب ؟ عندي نظر من اختلاف الأغراض ، وحسم مادة النزاع ، ومن قضية الأصل . نعم لو اختلفا في العيب حلف المقترض مع عدم البيّنة ، ولو تجدد عنده عيب آخر منع من الردّ ، إلاّ أن يرضى به المقرض مجاناً أو بالأرش .

فإنه وإن كان جيّداً إلاّ أن الحكم الأوّل لم أعثر على ما يدلّ عليه ، اللّهم إلاّ أن يدعى أن بناء المعاوضة على أصل الصّحة ، فالخيار هنا كالخيار في الردّ بالعيب في البيع ، وإن زاد عليه هناك بالأرش للنّصوص ، والأمر سهل . والله أعلم .

المسألة ﴿الثانية لو شرط التأجيل﴾ للقرض ﴿في﴾ عقد ﴿القرض لم يلزم﴾ على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة ، بل لا خلاف أجده فيه قبل الكاشاني ، نعم احتمله في المسالك بناء على ما ذكره سابقا من لزوم هذا العقد ، وعدم كونه من العقود الجايزة بدليل عدم وجوب ردّ العين إذا أراده المقرض ، فيشمله حينئذ قوله عليه‌السلام [1] «المؤمنون عند شروطهم» وغيره ممّا دل على لزوم ما شرط في العقد اللازم ، ودعوى أن هذا العقد ليس على حد الجائزة ليقطع فيه بعدم لزوم الشرط ، ولا على حد اللازمة ليلحقه حكمها ، يدفعها أن المتجه بعد التسليم الرجوع حينئذ إلى عموم الأدلة الدالة على الالتزام بالشرط والوفاء بالعقد .

وبذلك اغتر جماعة من متأخرين المتأخرين الذين لا يبالون باتفاق الأصحاب، فضلاً

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من أبواب المهور الحديث ـ ٤ .

عن شهرتهم حتى جزموا باللزوم ، وشددوا النكير على دعوى كونه من العقود الجائزة ، وقد عرفت البحث في ذلك سابقاً ، وأن مرادهم من الجواز عدم الإلتزام بما يفهم من القرض من التأجيل في مقابلة المحكي عن مالك ، وجوازه بهذا المعنى مسلم لايكاد ينكره أحد من الشيعة ، والنصوص واضحة الدلالة عليه ، ضرورة ظهورها في رجحان التأخير والإمهال والإنظار ، والترغيب في ذلك على وجه صريح أو ظاهر في الندب .

خصوصاً مثل قوله ﷺ [1] «من أقرض أخاه المسلم كان له بكل درهم وزن جبل أحد من جبال رضوى وطور سيناء من حسنات ، وإن أرفق به في طلبه تعدى به على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب ولاعذاب» وقوله ﷺ [2] «من أقرض مؤمناً قرضاً حسناً ينظر ميسوره كان ماله في زكاة ، وكان هو في صلوة من الملائكة حتى يؤديه» وغيرهما مما هو كالصريح في جواز رجوعه ومطالبته أيّ وقت شاء ، وأنه محسن لاسبيل عليه .

وحينئذ مقتضى إطلاق هذه الأدلة جواز ذلك حتى مع اشتراط الأجل الذي هو في الحقيقة التصريح بما بنى عليه القرض والمتعارف منه ، والذي ندب إليه وحث عليه ، بل قيل : إنه إذا لم يجب الوفاء بالأجل المدلول عليه بنفس العقد ضمناً مع أن الأصل لزوم الوفاء به ، فعدم الوجوب إذا كان مدلولا عليه بالشرط أولى ، على أن التعارض بين ما دل على لزوم الشرط ، وبين ما دل على استحباب القرض ، وأن لكل منهما الرجوع متى شاءا ، وإن لم يكن بمعنى فسخ ملك العين المقترضة من وجه ، ولا ريب في أن الترجيح للثاني ، ولو للشهرة العظيمة ، بل الإجماع المحكي الذي يشهد له التتبع .

والمناقشة ـ بمنع تعلق الاستحباب بخصوص المدلول ، بل بسببه الذي هو إجراء الصيغة ، وإن كان الوجه في تعلقه به هو رجحان العمل بمسبّبه ، فيرجع حاصل

(١) (٢) الوسائل الباب ـ ٦ ـ من ابواب الدين ـ الحديث ـ ٥ ـ ٣ .

الأدلة إلى استحباب الإقدام على القرض ، وايجاد سببه ، ولا ينافيه وجوب المسبّب بعده ، وإن هو إلا كالتجارة ، فقد تظافرت الأدلة باستحبابها مع وجوب العمل بمقتضيات أسبابها كدفع المبيوع ونحوها ، وككثير من العبادات المستحبة الواجبة بالشروع فيها ، و بالجملة استحباب الشيء إبتداء غير وجوبه استدامة ، فاستحباب الاقتراض إبتداء لاينافي وجوب العمل بمقتضى عقده بعد ايجاده ـ يدفعها ظهور النصوص التي منها ما ذكرناه في استحبابه استدامة ، وفي أن للمقترض الوفاء متى شاء كما لايخفى على من تأملها أدنى تأمّل .

نعم لوادعي تقييدها بما إذا لم يشترط الأجل ، كان الجواب عنه ما عرفت من أنه ليس بأولى من تقييد أدلة الشرط بما إذا لم يكن مقتضياً لتأخير القرض ، بل هو أولى من وجوه ، بل مقتضاه عدم لزوم هذا الشرط ولو كان في عقد لازم غير القرض إلا أن شهرة الأصحاب فيه على اللزوم ، فترجح أدلة الشرط حينئذ عليه ، خصوصاً بعد معروفية عدم الخلاف فيه .

نعم في الدروس ولو شرط تأجيله في عقد لازم، قال الفاضل : يلزم تبعاً للاّزم ويشكل بأن الشرط في اللازم يجعله جائزاً فكيف ينعكس ، وعن الحواشي أن في ذلك إشكالاً ، لأنه إن أريد بلزومه توقف العقد المشروط عليه فممنوع ، لكنه خلاف المتبادر من كونه لازماً ، ولا يقتضيه أيضا كما هو ظاهر ، إذا العقود المشروط فيها شروط لايقتضي لزومها ، بل فائدتها تسلط من يتعلق غرضه بها على الفسخ بالإخلال بها ، وإن أريد لزوم ذلك الشرط في نفسه : بمعنى أنه لاسبيل إلى الإخلال به لم يطرد ، إلا أن يفرق بين اشتراط ما سيقع وما هو واقع ، ويجعل التأجيل من قبيل الواقع فيتم بهذا .

وفيه أن المراد بكون الشرط لازماً وجوب الوفاء به ، كما وجب الوفاء بالعقد اللازم ، لأنه من جملة مقتضياته ، وتسلّط من تعلق بغرضه على الفسخ بدونه لاينافي هذا المقدار من اللزوم من طرف العاقد الآخر ، فيكون الشرط و العقد لازماً من طرف المشترط له عليه ، ومن طرف من تعلق بغرضه يكون العقد لازماً مع الإتيان

بالشرط لابدونه ، وهذا معنى واضح صحيح مستقيم .

كما أن ماذكروه من أن الأجل من الشرط الواقع لابأس به أيضاً ، فإن اشتراط تأجيل الحال من قبيل العوض الواقع في ذلك العقد ، فيلزم بهذا الاشتراط ، وهذا هو المفهوم من اطلاق الأصحاب تأجيل الحال في عقد لازم ، وليس هو كاشتراط أن يفعل الفعل الفلاني ، بل هو كاشتراط سكنى الدار سنةً في البيع فإن ذلك يصير حقاً له كاستحقاق العوض ، كل ذلك مضافاً إلى ما تسمع من النصوص [1] بالخصوص في تأجيل الحال وإلى ماعرفته سابقاً في بحث الشروط .

وكيف كان فقد بان لك أنه لامحيص عما عليه الأصحاب من اللزوم في الشرط بعقد لازم ، وعدم اللزوم في عقد القرض وإن قلنابكونه من العقود اللازمة لما عرفت ولايعارض الأخير قوله تعالى [2] « إذا تداينتم بدين إلى اجل مسمّى فاكتبوه » بعد عدم ظهوره في القرض المشترط فيه الأجل ، وأنه يجب الوفاء به إذا كان بعقد القرض بل ظاهره عدم إرادة بيان ذلك كما هو واضح ، و لا المروى عن ثواب الأعمال [3] « من أقرض قرضاً وضرب له أجلاً و لم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من الثواب في كل يوم يتأخر عن ذلك الأجل مثل صدقة دينار كل يوم » ونحوه الرّضوى [4] إن أقصاهما الدلالة على صحة التأجيل ولاكلام فيه ، وثمرتها إنّما هو جواز تأخير الدفع إلى الأجل ووجوبه بعده ، وهو غير لزومه الذى هو عبارة عن وجوب التأخير إليه ، وإنّما الكلام فيه مضافاً إلى قصور الخبرين ولاجابر ، بل قد عرفت تحقق الموهن الذي لأجله أطرح مضمر الحسين بن سعيد [5] « عن رجل أقرض رجلا دراهم إلى أجل مسمّى ثم مات المستقرض أيحلّ مال القارض بعد موت المستقرض منه ، أم لورثته من الأجل ماللمستقرض في حيوته ؟ فقال : إذامات فقد حلّ مال القارض»

(١) الوسائل الباب - ٩ - من ابواب احكام العقود .

(٢) سورة البقرة الايه ٢٨٢.

(٣) (٤) - الوسائل الباب ٦ - من ابواب الدين - الحديث - ١ - ٥

(٥) الوسائل الباب - ٢ من ابواب الدين الحديث - ٢.

بناء على اشعاره بلزوم التأجيل في القرض ، كالدين من حيث التقدير والمفهوم ، و ليس هو كالخبرين السابقين خصوصاً بعد لفظ يحل فيه ، الظاهر في عدم استحقاق المطالبة قبل انقضاء المدّة المضروبة حال حيوة المستقرض .

نعم قد يقال : إن سؤاله لم يكن عن لزوم الأجل في عقد القرض ، بل إنّما هو عن الحلول بالموت وعدمه ، فأجابه عليه‌السلام على طبق سؤاله ، فيمكن أن يريد من القرض الدين ، أو القرض المشترط أجله بعقد لازم ، أو غير ذلك فلا يكون منافياً للمطلوب الذي هو عدم لزوم شرط الأجل في عقد القرض .

﴿ و كذا لو ﴾ أجّله بعد العقد أو ﴿ أجّل ﴾ غيره من الدين ﴿ الحال ﴾ بأن يقول مثلا أجلتك إلى شهر ﴿ لم يتأجّل ﴾ للأصل وغيره بل هو أولى في عدم اللزوم من الأجل في عقد القرض ، ولكن يستحب الوفاء به ، لأنه وعد ﴿ و ﴾ كيف كان فقد بان لك أنه لا دليل معتد به على اللزوم بل ليس ﴿ فيه ﴾ إلا إشعار رواية الحسين بن سعيد المتقدمة وهي ﴿ رواية ﴾ مضمرة ﴿ مهجورة تحمل على الاستحباب ﴾ خصوصاً بعد ما عرفت من ضعف اشعارها من الوجه الذي ذكرناه .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لا فرق ﴾ عندنا في عدم لزوم تأجيل الحال بالتأجيل المزبور ﴿ بين أن يكون مهراً أو ثمن مبيع أو غير ذلك ﴾ لاشتراك الجميع في اصالة عدم اللزوم وغيرها مما يدل على ذلك ، خلافاً لبعض العامة فذهب إلى لزومه في ثمن المبيع والأجرة والصداق أو عوض الخلع دون القرض ، وبدل المتلف واخر فالزمه في الجميع و هما معاً كما ترى ، ضرورة أن المراد من قوله عليه‌السلام [1] « المؤمنون عند شروطهم » ونحوه العقود المشتملة على الشرائط لا الشرائط وإن لم تكن في عقود التي يمكن منع تسميتها شروطا كما هو واضح .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو أخره ﴾ أي الدين الحال ﴿ بزيادة فيه لم تثبت الزيادة ولا الاجل ﴾ بل هو الربا المحرم بلا خلاف و لا إشكال . نعم قد يحتال لذلك بجعل الزيادة في ثمن مبيع مثلا وإن لم يساوه قد اشترط في عقده تأجيل الحال خاصة أو هو مع ثمن المبيع

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من ابواب المهور الحديث ـ ٤.

كما نطقت به النصوص ففي موثق ابن عمار [1] « قلت للرضا عليه السلام الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تساوي ماءة درهم بألف درهم ويؤخر عليه المال إلى وقت قال : لابأس قد أمرني أبي ففعلت ذلك ، و زعم أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عنها فقال له مثل ذلك ».

وفي موثقه الآخر [2] « قلت لأبي الحسن عليه السلام : يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني وأنا أربحك فأبيعه جبة تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال بعشرين وأؤخره بالمال ، قال : لاباس » وفي مضمر عبدالملك ابن عتبة [3] « سألته عن الرجل يريد أن أعينه المال أو يكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب مني مالا أزيده على مالي الذي لي عليه أيستقيم أن أزيده مالا وأبيعه لؤلؤة تساوي ماءة درهم بألف درهم فأقول أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أوخر ثمنها و مالي عليك كذا وكذا شهراً ؟ قال : لابأس به » إلى غير ذلك من النصوص المفتى بها بين الأصحاب وإن كان حيلة وفراراً ، لكن نعم الفرار من الباطل إلى الحق ومنه ينتقل إلى غير ذلك من الحيل الشرعية المنطبقة على أصول المذهب وقواعده .

ولايعارضه خبر الشيباني [4] « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يبيع المبيع والبايع يعلم أنه لايسوى والمشتري يعلم أنه لايسوى إلا أنه يعلم سيرجع فيه ويشتريه منه فقال : يا يونس إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لجابر بن عبدالله : كيف أنت إذا ظهر الجور و أورثتم الذل قال : فقال له جابر : لا بقيت إلى ذلك الزمان . و متى يكون ذلك بأبي أنت وأمي قال : إذا ظهر الربا يا يونس ، وهذا الربا فإن لم تشتره منه رده عليك ؟ قال : فقلت : نعم قال فقال : لاتقربنه ولاتقربنه » بعد قصوره عن المقاومة من وجوه خصوصاً بعد قوة احتمال إرادة حال عدم قصد البيع منه وأنهما لم يوجباه كاحتمال التقية لما حكي عن العامة من تشديد المنع في هذه الصورة ، وربما حمل على الكراهة أو غير ذلك .

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب ـ ٩ ـ من ابواب أحكام العقود الحديث ـ ٦ـ ٤ ـ٥
(٤) الوسائل الباب ـ ٥ ـ من ابواب أحكام العقود الحديث ـ ٥ .

وعلى كل حال فقد ظهر من هذا كله أن تأجيله بزيادة من دون حيلة شرعية غير جايز . ﴿ نعم يصح تعجيله ﴾ لو كان مؤجلاً ﴿ باسقاط بعضه ﴾ مع التراضي بلا خلاف ولا إشكال ، كما تقدم في بحث النقد والنسيئة ، للنصوص المستفيضة ، بل ربما استظهر منها الاكتفاء بالتراضي من غير حاجة إلى الابراء أو الصلح ، ففي مرسل أبان [1] عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل الأجل عجل النصف من حقي على أن أضع عنك النصف أيحل ذلك لواحد منهما ؟ قال : نعم » .

وصحيح ابن أبي عمير [2] عن الصادق عليه السلام أيضاً « أنه سأل عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول له : انقدني كذا وكذا وأضع عنك بقيته أو يقول : انقدني بعضه وأمد لك في الأجل فيما بقي عليك ؟ قال : لا أرى باساً ، إنه لم يزد على رأس ماله قال الله عز وجل شأنه [3] « ولكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » واللام في السؤال بمعنى على ، كما رواه محمد بن مسلم [4] في الصحيح مغيراً للسؤال « الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمى » إلى آخره .

لكن قد يقال : إن بناء هذه النصوص على الاكتفاء بمعاطاة الصلح ، أو على إرادة بيان أصل الصحة ، وإن كان عند الوقوع لا بد من صيغة ، إذ المتعارف في النصوص عدم التعرض للصيغ لمعلوميتها أو لغير ذلك ، فلا ريب أن الأولى الاتيان بصيغة الصلح أو التصريح بالبراءة أو الاسقاط والعفو ، وإن كان الأقوى الاكتفاء بمعاطاة الصلح .

وكيف كان فيدل على المطلوب مضافاً إلى النصوص السابقة وخبر زرارة [5] عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن رجل اشترى جارية بثمن مسمى ثم باعها فربح فيها فأتاه صاحبها يتقاضاه ولم ينقد ماله ، فقال صاحب الجارية للذين باعهم : إكفوني غريمي هذا والذي ربحت عليكم فهو لكم ؟ قال : لا بأس » الذي هو كصحيح الحلبي [6] بناء

(١) (٢) الوسائل الباب - ٧ - من ابواب احكام الصلح الحديث - ٢ - ١ .
(٣) سورة البقرة الاية ٢٧٩ .
(٤) الوسائل الباب - ٧ - من احكام الصلح الحديث - ١ .
(٥) (٦) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام العقود الحديث - ١ - ٢ .

على أنه قد باعهم مؤجّلاً وإن كان لا مانع أيضاً من بيعهم حالا ، والصلح معهم بإسقاط البعض ، إذ هو صلح الحطيطة الذي يقوم مقام الإبراء ، ولاربا فيه وإن قلنا بعمومه للمعاوضات .

ومن هنا أطلق الأصحاب جوازه بتعجيل البعض باسقاط الباقي من غير فرق بين المجانس والمخالف ، بل ظاهر الجميع كونه بالمجانس ، على أنه يمكن أن لا يكون ابراء محضاً ، لأن الوضع في مقابلة الأجل ، بل يمكن خروجه بذلك عن المجانس ، وإن كان ذلك كله لايخلو من نظر .

والأولى الاستناد للنص المعتضد بفتوى الأصحاب ، بل لم أجد أحداً منهم أومأ إلى احتمال الرّبا فيه سوى الفاضل في القواعد وغيرها ، بل ظاهره في صلح الأولى البطلان على تقدير عموم الرّبا للمعاوضات ، قال : ولو صالح على عين بأخرى في الرّبويات ففي إلحاقه بالبيع نظر ، وكذا في الدين بمثله ، فإن ألحقناه فسد ، كما لو صالح في ألف بخمسمائة حال ، ولو صالح من ألف حال بخمسمائة مؤجّل فهو إبراء على إشكال ويلزم التأجيل .

وسوى الشهيد في الدروس حيث قال : « ولو صالح على المؤجل بإسقاط بعضه حالاً صحّ إذا كان بغير جنسه ، وأطلق الأصحاب الجواز ، إمّا لأن الصلح هنا ليس معاوضة له ، أولأن الرّبا يختص البيع، أولأن النقيصة في مقابلة الحلول ، فلو ظهر استحقاق العوض أو تعيبه فرده فالأقرب أن الأجل بحاله» وقال ابن الجنيد سقط .

قلت : أقواها الأوّل إذ الثاني منظور فيه بأن الأصح عموم الرّبا ، وقد صدر ذلك ممّن يقول بعمومه ، وأمّا الثالث ففيه أوّلا أنه لا يكفي في سقوط الرّبا ؛ وثانياً قد عرفت أنّ الأقوى الصحة في الحالين أيضاً فله أن يصالح عن الزائد الحال بالناقص كذلك ، لقيامه مقام الإبراء بخلاف البيع ، فإنه لايقوم مقامه ، قال في الدروس أيضاً ولو صالح عن غير الرّبوي بنقيصة صحّ ولو كان ربوياً وصالح بجنسه روعي أحكام الرّبا ، لأنها عامة في المعاوضات على الأقوى ، إلا أن تقول الصلح هنا ليس معاوضة ،

بل هو في معنى الابراء وهو الأصح ، لأن النبي صلى الله عليه وآله [1] قال لكعب بن مالك : «أترك الشطر واتبعه ببقيته» وروي ذلك عن الصادق عليه السلام [2] وينبغي أن يكون صورته صالحتك على ألف بخمسمائة ، فلو قال بهذه الخمسمائة ظهرت المعاوضة ، والأقوى جوازه أيضاً لاشتراكهما في الغاية .

قلت : قد يشكل الأخير بأنه لو صح لصح في المعنيين مع التفاوت ، على أن يكون الصلح بمعنى هبة الزائد ، ولا ريب في عدم جوازه لكونه معاوضة حينئذ ، اللّهم إلاّ أن يفرق بينهما وهو غير بعيد كما ستعرف ، ولو صالح عن ألف حال بخمسمائة مؤجّلة ففي التحرير أن الوجه الجواز ، ولعلّه لأنّه كالعكس ، لكن فيه أنه يمكن الفرق بينهما فتأمّل ، ويأتي في الصلح تمام الكلام إن شاء الله .

هذا وفي المسالك أنه كما يعتبر التراضي في إسقاط البعض ، يعتبر في تعجيله بغير إسقاط ، لأن الأجل أيضاً حق لهما ، لتعلق غرض كل منهما به ، فإن التعجيل قد لا يرضى به صاحب الحق ، لحصول ضرر لخوف ونحوه ، وبالنسبة إلى الآخر واضح لكن إسقاط الأجل يكفي فيه مجرد الرضا ، أما إسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كذلك ، كما يقتضيه ظاهر إطلاقهم ، ويكون الرضا بالبعض قائماً مقام الإبراء ، فانه كما يظهر من تضاعيف كلامهم أنه لا يختص بلفظ ، وفي كتاب الجنايات يقع بلفظ العفو ونحوه فيكون هذا منه ، ويحتمل قوياً توقف البراءة على لفظ يدل عليه صريحاً كالبراءة والإسقاط والعفو والصلح ، لا مطلق الرضا لأصالة بقاء الملك إلى أن يتحقق المزيل شرعاً .

وفيه أن مثله يأتي في إسقاط الأجل ، نعم يسقط به مع قبض المال من المستحق وحينئذ فالمتجه إسقاط بعض الحق معه ، إذا وقع بعنوان المعاوضة عن الجميع ، ضرورة كونه حينئذ من معاطاة الصلح ، لكن يأتي فيه حينئذ إشكال الرّبا ، إذ هو كالصلح عن الزائد بالأقل المعيّن ، وقد عرفت قوة احتمال المعاوضة ، خلافاً للدروس فألحقه بالأقل غير المعين الذي لا يكون إلا إبراء اللّهم إلّا أن يقال بصحّة ذلك في المقام من

(١) (٢) المستدرك ج٢ ص٤٩٩ الوسائل الباب ٦ ـ من أبواب الصلح الحديث ١ .

جهة إطلاق النصوص .

ومنه يظهر لك قوة ما سمعته من الدروس ، والاحتياط لاينبغي تركه ، ولقد طال بنا الكلام ، وكان أصل المقصد بيان عدم لزوم الأجل المشترط في عقد القرض ، وقد ظهر لك الوجه فيه ، بل منه يعلم عدم لزوم كل شرط اقتضى تأخير القرض من غير فرق بين الزمان والمكان و غيرهما .

لكن قد سمعت فيما تقدم أن الشهيد في الدروس صرّح بلزومه بالنسبة إلى المكان ، خلافاً للفاضل فجعله دائرا مدار المصلحة ، أللهم إلاّ أن يقال باللزوم فيه هناك للنصوص التي يدعى دلالتها على ذلك ، أمّا الشرط الذي لايقتضي تأخير القرض فالمتجه بحسب الضوابط لزومه ، ووجوب الوفاء به ، لعموم [1] « المؤمنون » وغيره مما يدل على وجوب الوفاء بالعقود اللازمة التي لاريب في أن عقد القرض منها ، بعد ماعرفت من أنه ليس لأحدهما فسخه بحيث يرد العين إلى مالكها ، فالأصل لزوم الشرائط فيه .

ولعل منه شرطية الصحاح بدل المكسرة عند من جوّزه ، بل الظاهر لزوم الشرط في عقد القرض وإن كان تأخير قرض آخر ، وإن كان لم يفرق في المسالك بينه وبين أجل القرض المشترط في عقده في عدم لزوم الجميع ، إلاّ أنك قد عرفت أن الأصل يقتضي اللزوم ، خرج عنه في خصوص الثاني ، لما عرفت من الدليل ، فيبقى غيره على الأصل ، ولا ينافي لزوم الشرط في عقد القرض جواز مطالبة المقرض في كل وقت ، ووفاء المقترض كذلك ، إذ ليس ذلك فسخاً لعقد القرض الذي يجب الوفاء به وبما تضمنه من الشرائط التي لاتقتضي وجوب ابقائه ، بل هو مطالبة بالمثل أو بالقيمة اللذين وجبا بعقد القرض ، فالاستناد في دعوى عدم لزوم الشرط في عقد القرض بأنه من العقود الجائزة بالمعنى المزبور واضح الفساد ، ضرورة أن المثمر في عدم لزوم الشرط الجواز بمعنى فسخ العقد ، لاهو بالمعنى المزبور هذا .

وفي جامع المقاصد «وههنا فائدة : وهي أن الشروط الواقعة في عقد القرض

---

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من ابواب المهور الحديث - ٤ .

أقسام الأوّل ـ ما يفسده ، وهو إشتراط الزيادة للمقرض في نفس مال القرض لمحض الأحسان ؛ الثاني ـ ما يكون لغوا أو وعدا : وهوالزّيادة للمقترض من غير أن يكون للمقرض زيادة . الثالث ـ ما يكون مؤكدا كاشتراط رهن به ، وهو صحيح قطعاً . الرابع ـ ما يكون زيادة للمقرض لكن في غيرمال القرض وفي صحته تردّد ، والأصح الصّحة . الخامس ـ ما يكون وعداً محضاً كما لو أقرضه وشرط له أن يقرضه شيئاً آخر .

إذا عرفت هذا فلابدّ من الفرق بين هذه الشروط في الأحكام ، ففي الأوّل معلوم بقاء مال القرض في ملك المقرض ، وفي الثاني إن كان الشرط لغوا فلا بحث ، وإن كان وعداً فمعناه إن وفى به كان حسناً وإلاّ لم يأثم ، ووجهه أن القرض إحسان إلى المقترض بالقرض ، وشرط في ذلك الإحسان إحسان آخر لنفعه فقط ، فلايجب عليه ، لانتفاء المقابلة المقتضية للوجوب .

وفي الثالث والرابع يجب عليه الوفاء ، لأن المقرض لم يرض بالقرض إلاّ على ذلك التقدير المشترط ، وقد رضي المقترض على ذلك الوجه ، فيجب الوفاء ، فان لم يفعل أثم ، ولم يكن له اجباره قطعاً ، لأن القرض عقد جايز من الطرفين ، لكل منهما فسخه ، فإن لم يفسخه حالاّ فهل يتوقف وجوب الدفع على المطالبة بمال القرض ، أم يجب دفعه بمجرّد المطالبة بالشرط مع عدم الوفاء ، وجهان ، وفي الأوّل قوة .

وهو كما ترى لايرجع إلى ضابطة ، بل هو عند التأمّل مخالف للضوابط الشرعية الّتي قد عرفت اقتضائها اللزوم في كل شرط في عقد القرض ، إلاّ ما جرّ نفعاً للمقرض وما اقتضى عدم جواز المطالبة من المقرض والوفاء من المقترض إلاّ في اشتراط المكان ، للنصوص السابقة فيه من غير فرق بين ما يرجع إلى القرض من الشرائط ، كالرهن والإشهاد والكتابة ونحوها ، وما لايرجع إليه من الأمور الملتزمة في عقده ، بل الظاهر أن فائدة الشرط في عقد القرض كفائدته في غيره من العقود اللازمة ، يجب إجبار من عليه الشرط ، فإن تعذر تسلط من له الشرط على فسخ العقد نفسه ، فيرجع المال

حينئذ ملكاً إلى مالكه ، وهذا غير مطالبة المقترض بعوض المال في كل وقت ، حتى يقال إنه كان حاصلاً بدون الشرط .

ومن ذلك يظهر لك النظر فيما في الدروس من أن اشتراط الخيار في عقد القرض لغو ، ضرورة أن اشتراطه يفيد التسلط على فسخ العقد نفسه ، بحيث يرجع عين المال إلى مالكه ، وهو أمر غير مطالبة المقرض بالقيمة أو المثل فتأمل جيداً .

فإن المسألة قد وقع فيها اشتباه عظيم وخلط وخبط نشأ من تخيل كون القرض من العقود الجائزة باعتبار أن المقرض له المطالبة متى شاء ، والمقترض له الوفاء كذلك وأن الشرائط في العقود الجائزة غير لازمة ، لتسلط كل منهما على فسخ أصل العقد فلا يلزم الشرط فيه ، وهذا كله وهم في وهم . بل قد يومىء ما دل على بطلان ما جر نفعاً من الشرائط في عقد القرض إلى لزوم الشرائط فيه ، وإلا كان الشرط فيه وعداً لا يجب الوفاء به ، فلا يتحقق به الربا ، لما عرفت فتأمل .

كما أن ذكرهم الصحة في كثير من الشرائط التي لا تجر نفعاً للمقرض ظاهر في اللزوم ، لا أن المراد منها عدم البطلان وإن كان لا يلزم المشروط عليه ، إذ صحة كل شيء بحسب حاله فصحة الشرط لزومه ، بل قد يشكل صحة القرض مع اشتراط الاجل الذي قلنا بعدم لزومه إذا كان المقترض قد علق رضاه على تخيل لزوم الأجل ولوجهلا منه ، ضرورة كونه حينئذ كالشرائط الفاسدة التي يبطل العقد معها ، باعتبار تعلق الرضا عليها في قول ، والله أعلم .

المسألة ﴿ الثالثة : من كان عليه دين وغاب صاحبه غيبة منقطعة ﴾ الخبر ﴿ يجب ﴾ على المديون البقاء على ﴿ أن ينوي قضاءه ﴾ إجماعاً محكياً إن لم يكن محصلاً ، للأصل وللمنساق من صحيح زرارة [1] «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه ، ولا على ولي له ، ولا يدرى بأي أرض هو ؟ قال : لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء» وللنصوص [2] الدالة على أن

(١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الدين – الحديث - ١ .

(٢) الوسائل الباب ٥ من أبواب الدين الحديث - ١ .

«من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق» الشاملة للغائب وغيره ، ولحالي الابتداء والاستدامة .

بل قد يتم الوجوب من الترغيب في الخبر (١) على نية القضاء قال فيه : «من كان عليه دين ينوى قضاءه كان معه من الله عزّ وجل حافظان يعينانه على الأداء ، فإن قصرت نيته عن الأداء قصر عنه المعونة بقدر ما قصر من نيته» ولا ينافي الوجوب ما في الخبر الآخر (٢) «أحب الرجل يكون عليه دين ينوي قضاءه» ، فإن محبته عليه السلام للرجل إذا كان ناوياً قضاءه لاتقضي بجواز عدم النية ، بل قد يقال : ـ بناء على إشعاره ببغض غير الناوي أو بعدم محبته ، بأنه دال على الوجوب .

هذا كله إن لم نقل بوجوب العزم بدلا عن التعجيل في الواجب الموسع ، لأنه من أحكام الإيمان ، بمعنى توقف صدق التبعية عرفاً على العزم على امتثال أوامر المتبوع ونواهيه ، وإلّا كان ذلك كافياً في الوجوب هنا .

نعم يستفاد من نصوص السرقة أن عدم نية القضاء حال القرض مفسدة لعقده ، فيحرم على المقترض التصرف بالمال حينئذ ، خصوصاً خبر أبي خديجة (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام «أيما رجل أتى رجلا واستقرض منه مالا وفي نيته أن لا يؤديه فذلك اللص العادي» لكن لم أجده محرراً في كلامهم ، بل ربما كان فيه ما ينافيه ، كعدم ذكرهم له في الشرائط وجعلهم وجوب العزم هنا كالواجب الموسع وغير ذلك ، وعليه فينبغي الاقتصار فيه على خصوص القرض ، أمّا الابتياع مع عدم نية الوفاء فلايقضي بفساد البيع .

﴿و﴾ كيف كان ففي المتن وغيره أنه يجب أيضاً ﴿ أن يعزل ذلك عند وفاته ﴾ بل قد تشعر عبارة المختلف بعدم الخلاف فيه ، كما اعترف به في المسالك فقال : «وامّا العزل عند الوفاة فظاهر كلامهم ، خصوصاً على مايظهر من المختلف أنه لاخلاف فيه وإلّا لأمكن تطرق القول بعدم الوجوب ، لأصالة البراءة مع عدم النص » وظاهره

(١)(٣) الوسائل الباب ـ ٥ ـ من أبواب الدين الحديث -١-٢-٣-٥ .

(٢) الوسائل الباب -٢- من أبواب الدين الحديث -٤ .

تحصيل الأجماع عليه . وفي جامع المقاصد ظاهرهم أن وجوب العزل عند الوفاة إجماعي ووجهه ظاهر ، فإنه أبعد عن تصرف الورثة فيه وأنفى ، للتعليل في أدائه .

قلت : وربّما يشعر به خبر هشام بن سالم [1] «قال سأل خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه‌السلام وأنا جالس ، فقال : إنه كان عند أبي أجير يعمل عنده بالاجر ، ففقدناه وبقى له من أجره شيء ولا نعرف له وارثا ؟ قال : فاطلبه قال : قد طلبناه ولم نجده ، فقال مساكين وحرّك يديه ، قال : فأعاد عليه قال: اطلب واجهد فإن قدرت عليه وإلا فكسبيل مالك حتى يجيء له طالب ، فإن حدث بك حدث فأوص به إن جاء له طالب أن يدفع إليه» بناء على أن المراد بقاء شيء من أجره في الذمة ، ضرورة اقتضاء الوصية به حينئذ بل وجعله كسبيل المال عزله ، وكذا خبراه الأخران [2] [3] المرويان في الفقيه والتهذيب .

لكن ومع ذلك كلّه في الرّياض بعد أن حكى عن المسالك وجامع المقاصد ما سمعت قال : وهو كما ترى ، مع أن في السرائر ادعى اجماع المسلمين على العدم وهو اقوى للاصل وإن كان الأوّل أحوط وأولى ، وأحوط منه العزل مطلقا ، فقد حكى في المسالك قولا ، ولكنه لا يلزم منه انتقال الضمان بالعزل ، بل عليه الضمان مع التلف على الاطلاق لعدم الدليل على الانتقال .

وفيه أولا أن الموجود في السرائر نفي الخلاف بين المسلمين عن عدم العزل قبل الوفاة الّذي يظهر من نهاية الشيخ ، فإنه بعد أن حكى عن الشيخ فيها من وجب عليه دين وغاب عنه صاحبه غيبة لم يقدر عليه معها وجب أن ينوي قضاءه ويعزل ماله عن ملكه ، قال : هذا غير واجب ، أعني عزل المال بغير خلاف بين المسلمين ، فضلا عن طائفتنا ، ومن هنا نزل في المختلف ما في النهاية على حال الوفاة .

وثانياً أن المحكي في المسالك القول بالعزل مع اليأس لا مطلقا وثالثاً أنك قد عرفت الدليل على العزل الظاهر في تشخص كونه مالا للمديون ، ومقتضاه حينئذ عدم

---

(١)(٢) الوسائل الباب -٦- من أبواب ميراث الخنثى الحديث ١-١٠ .

(٣) الوسائل الباب -٢٢- من أبواب الدين الحديث ٣ .

الضمان لوتلف بغير تفريط ، اللّهم إلا أن يدعى أنّه وإن انعزل بالعزل إلا أنه مضمون على المديون حتى يصل إلى المالك ، لكنه كما ترى محتاج إلى الدليل . نعم ينبغي الاقتصار فيما خالف الأصل من العزل على المتيقن من النص والفتوى ؛ وهو في حال الوفاة والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان فقد أطلق المصنف وغيره أنه ﴿ يجب على ﴾ المديون ﴿ أن يوصى به ليوصل ﴾ إلى ﴿ ربّه أو إلى وارثه إن ثبت موته ﴾ بل عن الصّيمرى نفى الخلاف فيه ، بل في النهاية أوصى به إلى من يثق به ، بل في الروضة يجب الوصاية به إلى ثقة ، لأنه تسليط على مال الغير ، وإن قلنا بجواز الوصاية إلى غيره في الجملة لكنّ في الدروس ابدل الوصية بالإشهاد .

والنصوص التي قد سمعت بعضها و تسمع الأخر قد تضمنت الاوّل ، اللّهم إلا أن يحمل على المثال ، إذ الظاهر أنه بعد العزل يصير كباقي الأمانات ، فالواجب إظهارها بحيث لايخشى عليها التلف ، ولو بدعوى الورثة الملكية ، تمسّكا بظاهر يد الميت ، خصوصاً في مثل القرض الذى لم يعلم غير المتوفى بحاله ، فمع ترك الوصية ربّما ذهب المال ، بل في جملة من الأخبار الآتية إن شاء الله في باب الوصية وجوب الوصيّة بماله وماعليه .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿ لولم يعرفه ﴾ أي الوارث ﴿ اجتهد في طلبه ومع اليأس يتصدّق به عنه على قول ﴾ للشيخ في النهاية ومن تبعه ، قال فيها : « ومن وجب عليه دين وغاب عنه صاحبه غيبة لم يقدر عليه معها وجب عليه أن ينوي قضاءه ويعزل ماله من ملكه ، فإن حضرته الوفاة أوصى به إلى من يثق به ، فإن مات من له الدين سلّمه إلى ورثته ، فإن لم يعرف له وارثاً اجتهد في طلبه ، فإن لم يظفر به تصدق به عنه ، وليس عليه شيء » .

وهو صريح في كون الصّدقة بعد موت المالك وعدم معرفة وارثه بعد الاجتهاد في الطلب ، و وجه الصدقة حينئذ واضح ، لكونه مالا مجهول المالك وحكمه ذلك نصاً وفتوى ، واحتمال تعين كونه للامام لأصالة عدم الوارث يدفعه ، مع أنه لايجرى

بالنسبة إلى بعض الورثة ، ويمكن فرضه فيمن علم أن له وارثاً إلاّ أنه لم يعرف أن الشرط في كونه للإمام العلم بعدم الوارث غيره ، لاعدم العلم ، و من ذلك كلّه يظهر لك مافي السرائر قال : « ومن وجب عليه دين وغاب صاحبه غيبة لم يقدر عليه معها وجب عليه أن ينوي على حسب ما قدمنا ، فإن حضرته الوفاة سلّمه إلى من يثق بديانته ، و جعله وصيه في تسليمه إلى صاحبه ، فان مات من له الدين سلّمه إلى ورثته ، فإن لم يعلم وارثاً اجتهد في طلبه ، فإن لم يجد سلّمه الى الحاكم ، فإن قطع أن لاوارث له كان لإمام المسلمين ، وقد روي « أنه إذا لم يظفر له بوارث تصدّق به عنه ، وليس عليه شيء » أورد ذلك شيخنا أبوجعفر في نهايته من طريق الخبر إيراداً لااعتقاداً ، لأن الصدقة لا دليل عليها في كتاب ، ولاسنة مقطوع بها ، ولا إجماع ، بل الأجماع والأصول مقررة لمذهبنا ، تشهد بأن الأمام مستحق ميراث من لاوارث له .

اذ فيه أن الشيخ لاينكر انتقاله إلى الإمام عليه السلام بعد العلم بعدم الوارث له ، وإنّما أمر بالصدقة مع الجهل ، لأنه من مجهول المالك الذى من المعلوم حكمه ذلك ، فضلا عمّا أرسله من الخبر ، وإن كنا لم نجده في خصوص المقام . نعم في الفقيه بعد أن روى في صحيح معاوية [1] عن أبي عبدالله - « في رجل كان له على رجل حق ففقده ، ولايدرى أين يطلبه ، ولا يدرى أحيٌّ هو أم ميت ، ولايعرف له وارثاً ولانسباً ولا ولداً ، قال : اطلب قال : إن ذلك قد طال ، فأتصدق به ؟ قال : اطلب » - قال : و قد روي في هذا خبر آخر [2] « إن لم تجد له وارثاً وعلم الله منك الجهد فتصدق به» وليس فيه العلم بموت ذي الحق ، وليس في اشتراط عدم الوارث دلالة عليه ، إذ يمكن اشتراط الصدقة بذلك ، وإلاّ وجب ابقاؤه حتى يعلم موته ، ولو بمضى مدة لا يعيش فيها مثله ، ثم يسلم إلى الوارث بعد ذلك ، وأمّا خبر هشام بن سالم [3] «سأل حفص الأعور أبا عبدالله عليه السلام ، وأنا عنده جالس ،فقال له :«كان لأبي أجير كان يقوم

---

(١) (٢) الفقيه ج ٤ ص ٢٤١ الحديث - ٧٦٩ - ٧٧٠ -

(٣) الوسائل الباب - ٢٢ من ابواب الدين الحديث - ٣ وفيه اختلاف يسير .

في رحاه وله عنده دراهم ، وليس له وارث ، فقال أبو عبدالله عليه السلام : تدفع إلى المساكين ثم قال : رأيك فيها ثم أعاد المسألة فقال له : مثل ذلك فأعاد عليه المسألة فقال أبو - عبدالله عليه السلام تطلب له وارثاً فإن وجدت له وارثاً وإلاّ فهو كسبيل مالك ، ثم قال : ماعسى أن تصنع بها ، ثم قال توصي بها فإن جاء طالبها وإلاّ فهي كسبيل مالك » وخبر نصر بن حبيب صاحب الخان[1] « قال كتبت إلى العبد الصالح قد وقعت عندي مأتا درهم و أربعة دراهم ، وأنا صاحب فندق فمات صاحبها ولم أعرف لهورثة فرأيك في اعلامي حالها ، وما اصنع بها فقد ضقت بها ذرعاً . فكتب اعمل فيها وأخرجها صدقة قليلا قليلا حتى يخرج » فليس في أوّلهما تصريح بالموت ، ولا في ثانيهما الدين مع اشتماله على العمل بها والصدقة قليلا قليلا ولم أجد من أفتى بهما .

وعلى كل حال فالمتجه بحسب الضوابط أنه إن لم يعلم موته وجب الابقاء إلى المدة التي يعيش فيها مثله ، فتسلم حينئذ إلى الوارث إن علم ومع اليأس فالصّدقة ، ومثله مالو علم موته وجهل وارثه ، ويمكن جواز الابقاء أمانة لخبر هشام بن سالم المروى في الفقيه[2] « سأل حفص الأعور أباعبدالله عليه السلام وأنا حاضر فقال : كان لأبي أجير وكان له عنده شيء ، فهلك الأجير ولم يدع وارثاً ولاقرابة وقد ضقت بذلك فكيف أصنع ، فقال : رأيك المساكين رأيك المساكين ، فقلت : جعلت فداك ! انّي ضقت بذلك فكيف أصنع فقال : هو كسبيل مالك فإن جاء طالب أعطيته .

ولعلّ ذلك في خصوص هذا القسم من مجهول المالك باعتبار عدم الجهل به من كل وجه ، لكون الفرض أن صاحب الدّين معروف ، وإن كان قدمات ، أو يقال بجواز ذلك في جميع أفراد المجهول ، وامّا التسليم إلى الحاكم فلا ينبغي التأمّل في جوازه بعد اليأس ، وأمّا وجوبه فمحلّ منع للأصل وظاهر النصوص هذا .

و لكن الذى يظهر من بعض الأصحاب أنه يكفي في الصّدقة به اليأس من صاحب الدّين ، وهو مع وجوب تقييده بعدم معرفة الوارث ، وإن كان لايسلمه إليه

(١) الوسائل الباب - ٦ - من ابواب ميراث الخنثى الحديث ٣

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٤١ الحديث ٧٦٧ .

إلا بعد معرفة موت مالكه - لايخلو من بحث ، لأصالة البقاء ، اللّهم إلّا أن يقال إن بقاءه مع اليأس من رجوعه غير مجد ، بل هو كمجهول المالك المايوس من معرفته ، لاشتراكهما معاً في عدم التمكن من الوصول إلى المالك ، والصّدقة مع الضمان إحسان محض ، بل فيها إخراج المال عن التعطيل ، بل ربّما كان المديون محتاجاً إلى فراغ ذمته ، ولاسبيل غير الصدقة ، ولعلّ الأولى من ذلك تسليمه إلى الحاكم ، لأنه ولي الغائب ، بل الأولى مراعاة ذلك في تشخيصه من الذمّة .

وقد ظهر بذلك كله الخلل في جملة من عبارات الاصحاب في النقل و غيره ، ففي النافع « ولو غاب صاحب الدين غيبة منقطعة نوى المستدين قضاءه وعزله عند وفاته موصياً به ، ولولم يعرفه اجتهد في طلبه ، ومع اليأس قيل يتصدّق به عنه » وفي اللمعة « ويجب نية القضاء وعزله عند وفاته والايصاء به لو كان صاحبه غائباً و لو يئس منه تصدق به عنه» وفي الرياض نسبة هذا القول إلى الشيخ والقاضي وجماعة وقد سمعت عبارة النهاية .

وفي القواعد «ولو غاب المدين وجب على المديون نية القضاء والعزل عند وفاته والوصيّة به ليوصل إلى مالكه أو وارثه ، ولوجهله اجتهد في طلبه فإن أيس منه قيل يتصدق به عنه وفي اللمعة ويجب نية القضاء وعزله عند وفاته والايصاء به لو كان صاحبه غائباً ولو يئس منه قيل يتصدق به عنه » وفي الدروس «ولو غاب المدين وجب نية القضاء والعزل عند أمارة الموت .

وأطلق الشيخ وجوب العزل ، وابن ادريس عدم وجوبه والاشهاد ولو يئس منه تصدق به عنه وقال ابن ادريس : « يدفعه إلى الحاكم ، و إن قطع على موته و انتفاء الوارث كان للامام ، و الحكم الثّاني لاشك فيه ، أمّا الأوّل فالحق التخيير بينه و بين ابقائه في يده ، والصّدقة مع الضمان ، إلى غير ذلك من كلماتهم التى يعرف ما فيها من التأمل فيما ذكرنا .

وأحسنها ما في التنقيح ، فإنه بعد أن حكي ما فى السرائر من كونه للامام قال : وهو الحق ، لكن على تقدير العلم بموته وعدم وارثه أما إذا انتفى العلم بذلك

فحفظه أولى ، حتى يظهر خبره أوخبر وارثه و أمّا النصوص فقد عرفت تشويشها خصوصاً متن خبر هشام بن سالم [1] منها ، وأجودها صحيح معاوية [2] الذي أمر فيه بالطلب ، بعد طلب السائل الصدقة لطول الطلب فتأمّل جيّداً والله أعلم بحقيقة الحال .

المسئلة ﴿ الرّابعة ﴾ الأصل ﴿في الدين أن لايتعين ملكاً لصاحبه إلاّ بقبضه﴾ أو قبض من يقوم مقامه شرعاً ، بعد دفع المديون ، أو من يقوم مقامه ، بل الظاهر اعتبار نية كونه عن الدين في الدفع ، فلا يجزى الدّفع المطلق فضلاً عن المقصود به غير الدّين ، بل قد يقال : باعتبارها في القبض أيضاً في أحد الوجهين ، كلّ ذلك لأصلى عدم حصوله بدون ذلك ، وعدم توقفه على غيره بعد الأجماع والسيرة القطعية ، وما يستفاد من تدبّر النصوص مضافاً إلى صدق تشخص الحق بذلك عرفاً ، وإن كان هو مشتركاً بين المديون والديان ، ولذا اعتبر الدفع والقبض منهما ، ولتفصيل هذه الجملة محل آخر .

﴿و﴾ إنّما المراد هنا أنه ﴿ لو جعل مضاربة قبل قبضه لم يصح ﴾ بلاخلاف أجده فيه ، بل في ظاهر المختلف وصريح السرائر وعن ظاهر التذكرة الأجماع عليه ، لا لعدم ملكه والاّ لم يجز بيعه مثلا بل لعدم تعيينه المعتبر فيها ، كما تعرفه إن شاءالله في بابها ، ولما رواه الباقر عليه‌السلام [3] «عن أمير المؤمنين عليه‌السلام في الرجل يكون له مال على رجل يتقاضاه ، فلايكون عنده ما يقضيه ، فيقول له هو عندك مضاربة فقال : لايصلح حتى يقبضه منه» المنجبر سنداً ودلالة بما عرفت ، المتمم بالنسبة للمضاربة به إلى غير المديون بالاتفاق على عدم الفرق بينهما في البطلان .

نعم قد يفرق بينهما بكون الرّبح جميعه للمديون إن ميّزه واتجر به ، لأن المال لم يتعين للمالك بتعيينه ، إذ لم يجعله وكيلاً في التعيين ، وإنّما جعله مضاربة

---

(١) (٢) الوسائل الباب ٢٢ ــ من ابواب الدين الحديث ــ ٣ ــ ٢

(٣) الوسائل الباب ــ٥ــ من أبواب احكام المضاربة الحديث ١ لكن عن أبى عبدالله عن أمير المؤمنين عليهما السلام .

فاسدة ، بخلاف ما لو كانت المضاربة به لغيره ، فإن الربح جميعه للمالك ، إذا أجاز لانه وكيل عنه في قبض الدّين ، فيتعيّن بتعيين المديون ، وقبض الوكيل .

ولا يرد أن فساد المضاربة يستلزم فساد القبض ، لأنه تابع لها لمنع الملازمة ، فإن فساد المضاربة إنّما يقتضي فساد لوازمها ، وقبض المال من المديون أمر آخر وراء المضاربة وأحكامها ، فيكون بمنزلة الوكيل بالنسبة إلى قبض المال ، والمضاربة بالنسبة إلى العمل ، فيبطل متعلق المضاربة خاصة ، كما لو جمع في عقد واحد بين شيئين ويفسد أحدهما ، فإنه لا يقتضي فساد الآخر ، فيكون للعامل أجرة المثل ، كما هو مقتضى المضاربة الفاسدة مع جهله ، والربح للمالك مع إجازته الشراء بالعين ، ولو كان الشراء في الذمة فالربح للعامل ، إن نوى الشراء لنفسه ، وإلاّ فلا ، كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد .

نعم ظاهره أن العامل يستحق الأجرة إذا حصل الربح للمالك ، وإلاّ فلا ، ولعله لعدم ضمان عمله على تقدير صحة المضاربة ، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ، لكنه لا يخلو من إشكال ، ويأتي تحقيقه إن شاء الله في باب المضاربة ، كما أن ظاهر إرادة الشهيد في الدروس من إطلاق كون الربح للعامل مع الشراء في الذمة ، ما إذا نوى الشراء لنفسه لا المالك ، وإلاّ كان فضولياً في الواقع ، وإن لزم بالثمن ظاهراً إذا لم يصرح بالغير ، ضرورة كون الفرق بين العين والذمة ذلك ، فالشراء بالأولى يقع لمالكها على الأصح وإن نوى به غيره ، بخلاف الذمة كما هو محرّر في محلّه .

فلابد من تنزيل إطلاق الدروس على ذلك ، قال فيها : ولا تصح المضاربة بالدين لا للمديون ولا لغيره لعدم تعينه ، فلو ضارب وربح فالربح لصاحب المال ، امّا المديون إن كان هو العامل ، او المديون إن كان غير العامل ، إلا أن يشتري في الذمة فيكون الربح له وعليه الاثم والضمان .

وكيف كان فالفرق بينهما بما عرفت ، لم أجد فيه خلافاً بين من تعرض له من الفاضل وغيره ، في القواعد « لا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه ، فإن فعل فالربح بأجمعه للمديون إن كان هو العامل ، وإلاّ فللمالك وعليه الأجرة وإن كان محتاجاً إلى التقييد

بالنسبة إلى بعض ما عرفت .

نعم توقف فيه في المسالك فقال : «إن المضاربة الفاسدة إن اقتضت وكالة في القبض خارجة عن حقيقتها فليكن في المديون كذلك ، فان الصيغة إنّما اقتضت المعاملة على الدين الّذي في الذمة ، وكما لايمكن للأجنبي العمل به مادام في الذّمة ، لأنه حينئذ أمر كلي لا وجود له في الخارج ، فاقتضى ذلك الإذن له في قبضه الذي زعموا كونه وكالة كذلك ، نقول في المديون فإنه لايمكنه العمل بنفس دين المالك الّذي في ذمته ، بل لابدمن افرازه والشراء به ، كما سيأتى من أن العامل لايصح له أن يشترى له إلّا بالعين ، وحينئذ فالمضاربة الفاسدة إن كانت مجامعة للوكالة في تعيين المال ، فهي واقعة في الموضعين ، وإلاّ فلا .

وقد يدفع بظهور الفرق بينهما عرفاً في استفادة الإذن من المالك في التمييز إذا كان المضارب غير المديون ، لأن المتعارف فيه العمل بعين المضارب فيه ، أمّا إذا كان المديون فلاظهور فيه بالإذن في التمييز ، لكونه في الحقيقة مقبوضاً له ، فربما يعامل به وهو في ذمته ، بل لعلّ ذلك هو المتعارف فلايستفاد منه الإذن في التمييز .

نعم قد يتوقف في ذلك من جهة أخرى وهي منع كون ذلك أمرا خارجاً عن مقتضيات المضاربة ، بل هو بعض لوازمها وتوابعها ، فينبغي أن يتبعها في الفساد ، إذ الظاهر تقييد الأذن بالقبض ، بصحة المضاربة لامطلقا ، فمع فرض فسادها سيّما إذا كان العامل عالماً بذلك لااذن ، اللّهم إلاّ أن يدعى أن ذلك من الدواعي لاالشرائط ، لأن الاذن في القبض خارج عن حقيقة المضاربة ، إذ يمكن قبض المالك أو غيره ثم يسلم العامل فالاذن على تقدير استفادتها من عبارة المضاربة غير مقيدة بصحتها فتأمّل جيدا والله أعلم .

المسألة ﴿الخامسة﴾ لاخلاف في أن ﴿ الذمي إذاباع ﴾ من مثله ﴿ مالايصح للمسلم تملكه كالخمر والخنزير ﴾ مع مراعاة شرائط الذمة كالتستر ونحوه ﴿جاز دفع الثمن ﴾ لهذه المحرمات ﴿ إلى المسلم ﴾ عوضاً ﴿ عن حق له ﴾ في ذمة الذمي بلاخلاف أجده ، بل الاجماع بقسميه عليه لاقرار شريعتناله خاصة على ماعنده .

﴿و﴾ من هنا ﴿ لو كان البايع ﴾ لها ﴿مسلماً﴾ أو حربياً أو ذمياً متظاهراً ﴿لم

يجز قبض أثمانها لفساد البيع ، فيبقى المال على ملك صاحبه ، فلايجوز تناوله عن الحق و غيره بلاخلاف معتدّ به أجده في شيء من ذلك ، بل ولاإشكال فيه بعد معلومية ذلك من الشريعة ، مضافاً إلى الصحيحين [1] عن أبي جعفر و أبي عبدالله عليهما السلام « في رجل كان له على رجل دراهم فباع خمراً أوخنازير و هو ينظر اليهم فقضاه ؟ فقال : لابأس به أماللمقتضي فحلال وأمّا للبايع فحرام» .

« وصحيح زرارة [2] عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يكون لي عليه الدراهم فيبيع بهاخمرا أوخنزيرا ثم يقضيني منها فقال : لابأس ، أو قال : خذها » وخبر الخثعمي [3] « سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لناعليه الدين ، فيبيع الخمر والخنازير فيقضيانه ؟ فقال : لابأس به ليس عليك من ذلك شيء » وخبر أبي بصير [4] عن أبي عبدالله عليه السلام « عن الرجل يكون له على الرجل مال فيبيع بين يديه خمراً أوخنازير يأخذ ثمنه ، قال : لابأس » .

و من المعلوم إرادة الذمي من إطلاق هذه الأخبار ، لمعلومية البطلان بالنسبة إلى غيره ، و أن أثمانها سحت [5] ولأنه المتبادر المعهودبيع ذلك في بلاد الإسلام ، و لذا صرّح به في السؤال منصوربن حازم [6] « فقال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام لي على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمرو الخنزير وأنا حاضر فيحل لي اخذها ؟ فقال : إنّما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك » و من التعليل يظهر عدم إراده الفرض من إطلاق ما دل على المنع [7] « من أكل ثمن الخمرولعنه وحرمته » .

و من الغريب ما عن صاحب الكفاية من أن التقييد بما إذا لم يكن البايع مسلماً مناف لاطلاق أخبار كثيرة ، فالحكم به مشكل ، إلاّ أن يكون المقصود المنع بالنسبة إلى البايع ، وأيّده في الحدائق بقوله عليه السلام « أمّا للمقتضي فحلال . و أمّا للبايع فحرام » .

---

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب - ٦٠ - من ابواب مايكتسب به الحديث ٢ - ٣ - ٤

(٤) (٥) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب مايكتسب به الحديث ٥ - ١

(٦) (٧) الوسائل الباب - ٥٥- من أبواب مايكتسب به ح - ٦-٥-١-٢.

و فيه أن المراد من البايع الذمي الذى اقره الشارع على ماعنده بالنسبة إلى الاحكام الظاهرية و إن كان معاقباً باعتبار تكليفه بالفروع ، وبصحيح محمد بن مسلم[1] عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل ترك غلاماً له في كرم له يبيعه عنباً أوعصيراً ، فانطلق الغلام فعصر خمراً ثم باعه قال : لايصلح ثمنه ، ثم قال: إن رجلاً من ثقيف أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وآله راويتين من خمر بعد ما حرمت ، فأمربها رسول الله صلى الله عليه وآله فأهريقتا ، و قال : إن الذي حرّم شربها حرّم ثمنها ، ثم قال أبوعبدالله عليه السلام : إن أفضل خصال هذه التي باعها الغلام أن يتصدق بثمنها» و مثله في الصدقة خبر أبي أيوب[2] .

و فيه أن المتجه حمل الخبرين على عدم معرفة المشتري فيكون الثمن مجهول المالك ، فيتصدّق به ، لأن الثمن ملك للبايع لانه قد أعطاه المشتري إيّاه باختياره ، وإن فعلا حراما ، كماعن بعض المحدثين الذين لايبالون بماوقع منهم ، وإلا فلاينبغي التأمّل في ذلك بعد استقامةالطريقة خصوصاً بعد مرسلة ابن أبي نجران[3]الصحيحة اليهعن الرضا عليه السلام «عن نصراني أسلموعنده خمروخنازير وعليه دينهل يبيع خمره و خنازيره ويقضي دينه؟ قال : لا» الدال على حكم المسلم الأصلي بطريق أولى ، و منه يعلم الحال فيما لوأسلم الذمي قبل بيعه مالايملكه حال إسلامه ، فإنه يخرج بذلك عن ملكه ، كماصرّح به المشهور .

خلافاً للمحكي عن النهاية فقال يتولي بيعهاله غيره ، للخبر[4] « و ان أسلم رجل وله خمروخنازير ثم مات وهي في ملكه و عليه دين ؟ قال : يبيع ديّانهأوولي له غير مسلم خنازيره فيقضي دينه ، وليس له أن يبيعه وهوحيٌ ولايمسكه » وهو ـ مع كونه مقطوعاً و في سنده جهالة يمكن حمله على أن له ورثة كفارا يبيعون ذلك ويقضون ديونه ، فلايخرج به عمادل على أن المسلم لايملك ذلك ، ولايجوز بيعهمباشرة ولاتسبيباً كما هو واضح .

---

(١)(٢) الوسائل الباب ٥٥ من ابواب مايكتسب بهالحديث ١ـ٢ .

(٣) الوسائل الباب ـ ٥٧ من أبواب مايكتسب به الحديث ـ ١

(٤) الوسائل الباب ـ ٥٧ـ من ابواب مايكتسب به الحديث ـ ٢

وكذا لاينبغي التوقف أيضاً في التقييد بالإستتار الذي هو شرط الأقرار ، ولاينافيه ما في هذه النصوص من اطلاع المسلم عليه إذيمكن فرضه على وجه لاينافي الشرط المذكور ، فتوقف المحدّث البحراني فيه بل قال : الأقرب عدم اشتراطه في غير محله ، كما عرفته في شرائط الذمة ، واطلاق الشيخ حلّ تناول ثمن الخمر مثلاً من الذّمي محمول على ذلك ، كما اعترف به في الدروس .

على أنه قد يقال : ان اطلاق الأدلة أوعمومها قاض بحرمة تناول أثمان هذه المحرمات ، وعدم ملكها مطلقاً ، فينبغي الأقتصار في الخروج عنها على المتيقن ، وهو الأخذ من الذّمي المستتر دون المتجاهر ، ومنه يعلم الوجه في عدم الحاق الحربي به خصوصاً بعد عدم عموم في النصوص السابقة يشمله ، بل قد يدعى انسياق خلافه منها باعتبار عدم معهودية بيعه في بلاد الإسلام فتأمّل جيّداً .

بل قد يقال انه ينبغي الإقتصار في الذمي أيضاً على ما اذا باع من مثله ، أمّا اذا باع الخمر من مسلم أو حربي فيحرم تناول الثمن منه ومن هنا قيّده بذلك في التذكرة ولعلّه مراد من أطلق كالمصنف وغيره ، للأصل المتقدم ، أللهم إلاّ أن يقال : إن إقراره على مذهبه يقتضي جواز تناوله منه أيضاً بعد أن كان مذهبه الجواز ، والحرمة على المسلم والحربي ، بل الفساد بالنسبة اليهما لاينافي ذلك ، اذ هو حكم آخر ضرورة تحقق الفساد واقعاً ، حتى في بيعه من مثله ، لإطلاق ما دل على «أن ثمن الخمر سحت» الشامل للجميع .

و جواز التناول منه لاينافي كونه كذلك بالنسبة اليه ، كما أومأ اليه الخبر السابق بقوله ﷺ [1] « انه للمقتضي حلال و عليه حرام » وهو جيّد جداً ، بل له مؤيّدات كثيرة تظهر بأدنى تأمّل ، وان كان انطباق كلمات الاصحاب عليه لايخلو من اشكال فتأمّل جيّداً فإن من ذلك يعلم الحكم في الجملة فيما لواقترض ذمي من ذمي خمراً وأسلم أحدهما ، فإن الظاهر سقوط القرض كما جزم به الفاضل والمحقق الثاني ، لكن في الدروس الأقرب لزوم القيمة بإسلام الغريم .

(١) الوسائل الباب ـ ٦٠ ـ من ابواب مايكتسب به الحديث ـ ٢ .

وفيه أنه مناف للاصل و غيره ممّا عرفت ، وان كان قديشهدله مااحتملوه فيما اوأسلم ذمي الي ذمّي في خمر فأسلم أحدهماقبل القبض من لزوم القيمة عند مستحليه، إلاّ أنه غير مختص باسلام الغريم ، مع أن الذي اختاره الفاضل والمحقق الثاني هو بطلان السلم ، وأن للمشتري أخذ دراهمه ، واحتملا أيضاً السقوط لاالى بدل ولاريب في أن الأقوى البطلان ، وان للمشترى أخذ دراهمه أمّا الأوّل فلعدم ملك المسلم الخمر و عدم مملوكيته عليه ، وأمّا الثاني فواضح .

وفي القواعدفي باب الكفالة«اذاكان لذمي خمر على ذمي، و كفله آخر مثله ،وأسلم أحد الغريمين برأالكفيل والمكفول له على إشكال فيهمالكن في جامع المقاصد « إن أسلم صاحبُ الحق بطلت الكفالة وحصلت البراءة ، وإن أسلم من عليه الحق بقيت الكفالة ، ولعله يخالف ماسمعته منه سابقاً ، والأقوى البراءة لماعرفت ، هذا كله إذا اقترض خمراً ، أما إذا اقترض خنزيراً فالقيمة لازمة مطلقا ، إلاّ إذا قلنا بأنه يضمن بمثله ، فيأتي فيه حينئذ ما تقدم في الخمر والله أعلم .

المسئلة ﴿ السادسة : إذا كان لاثنين ﴾ فصاعداً ﴿ مال في ﴾ ذمة أو ﴿ ذمم ثم تقاسما بمافي ﴾ الذمة أو ﴿ الذمم ﴾ بأن تراضيا على أنما في ذمة زيدلأحدهما ، و ما في ذمة عمرو لآخر لم يصح عند المشهور نقلاً وتحصيلاً ، بل عن الشيخ و ابن حمزة الأجماع عليه ، وحينئذ ﴿ فكل مايحصل ﴾ من أحدهما ﴿ لهما ﴾ معاً ﴿ و مايتوى ﴾ بالتاء المثناة من فوق ﴿ منهما ﴾ للأصل السالم عن معارضة اطلاق القسمة بعد انصرافه إلى غيره ، ولوللشهرة والأجماع السابق ، مضافاً إلى صحيح سليمان بن خالد [1] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما ، و منه متفرق عنهما ، فاقتسما بالسّوية ماكان بأيديهما وما كان غايباً عنهما ، فهلك نصيب أحدهما مماكان غائباً ، واستوفى الآخر ، عليه أن يرد على صاحبه ؟ قال : نعم مايذهب بماله» .

و موثق ابن سنان [2] « سألت أبا عبدالله عليه السلام أيضاً عن رجلين بينهما مال

(١) الوسائل الباب ٢٩ ـ من ابو اب الدين الحديث ـ١ .
(٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب أحكام الشركة الحديث ٢ .

منه دين ، و منه عين ، فاقتسما العين والدّين ، فتوى الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه ، وخرج الذي للآخر ، يردّ على صاحبه ؟ قال : نعم مايذهب بماله » ومرسل أبي حمزة [١] قال : « سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال ، منه بأيديهما ومنه غائب ، فاقتسما الذي بأيديهما و أحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب ، فاقتضى أحدهما ، ولم يقتض الآخر ، قال : ما اقتضى أحدهما فهو بينهما مايذهب بماله » و مثله الموثق عن محمد بن مسلم [٢] بل وخبر غياث [٣] عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام مع زيادة و «مايذهب بينهما» في الأخير .

فمن الغريب ما عن الأردبيلي من اقتصاره على خبر غياث دليلاً للمشهور ،ثم قال : والشهرة ليست بحجة ، و ابن ادريس مخالف ، و نقل عنه أن لكل واحد ما اقتضى كما هو مقتضى القسمة ، والمستند غير معتبر لوجود غياث ، كأنه ابن ابراهيم العنبري ، وأدلة لزوم الشرط تقتضيه ، و كذا التسلط على مال نفسه ، وجواز الأكل مع التراضي والتعيين التام ليس بمعتبر في القسمة ، بل يكفي في الجملة كما في المعاوضات ، فإنه يجوزالبيع ونحوه ، ولأن الدين المشترك بمنزلة دينين لشخصين وللمالك أن يخص أحدهما دون الآخر ، فلوكان بتخصيص كل واحد قبل القسمة لأمكن ذلك أيضاً فإن الثابت في الذمة أمركلي قابل للقسمة ، و إنما يتعيّن بتعيين المالك ، فله أن يعين ، ولكن الظاهر أنه لاقائل به قبل القسمة » .

قلت : قد يظهر من ابن ادريس ذلك ، فإنه بعد أن حكى عن خلاف الشيخ و نهايته أنه إذاكان بين اثنين شيء فباعاه بثمن معلوم كان لكل واحد منهما أن يطالب المشتري بحقه فإذا سلّمه حقّه شاركه فيه صاحبه على ما قدمناه ، لأنّ المال الذي في ذمة المشتري غير مميّز ، فكلّ مايحصل من جهته فهو شركة بينهما .

قال : «الذي يقتضيه أصول مذهبنا أن لكلّ واحد من الشريكين على المديون قدرامخصوصاً ، وحقاً غيرحق شريكه ، ولهبة الغريم وابراؤه منه فمتى أبرأه أحدهما

---

(١)(٢)(٣) الوسائل الباب ٦ من ابواب احكام الشركة .

من حقه برء منه فقط ، وبقى حق الآخر لم يبرء منه بلاخلاف ، وإذا استوفاه وتقاضاه منه لم يشارك شريكه الذي وهب أوأبرأ أوصالح منه على شيء بلاخلاف ، فلو كان شريكه بعد في المال الذي في ذمة الغريم ، لكان في هذه الصور كلها يشارك من لم يهب ولم يبرأ فيما يستوفيه منه ويقبضه ، ثم عين المال الذي كان شركة بينهما ذهبت ولم يستحقا في ذمة الغريم الذي هو المدين عيناً لهمامعينة ، بل ديناً في ذمته ، لكل واحد منهما مطالبته بنصيبه ، و ابراؤه منه و هبته ، وإذا أخذه منه و تقاضاه ، فما أخذ عيناً من أعيان الشركة حتى يقاسمه شريكه فيهما .

ولم يذهب إلى ذلك سوى شيخنا أبي جعفر الطوسي في نهايته ، وومن قلّدهو تابعه بل شيخنا المفيد محمّد بن محمّد بن النعمان لم يذكر ذلك في كتاب له، ولا تصنيف ، وكذلك السيّد المرتضى ولا تعرضاً للمسألة ، ولا وضعها أحد من القميين ، و انما ذكر ذلك شيخنا في نهايته من طريق أخبار الآحاد ، وورد بذلك ثلاثة أخبار أحدها مرسل ، و عند من يعمل بأخبار الآحاد لا يعمل عليه .

ولو سلّم الخبران تسليم جدل لكان لهماوجه صحيح مستمر على أصول المذهب والاعتبار ، و هو أن المال الذي هو الدين كان على رجلين ، فأخذ أحد الشريكين و تقاضا جميع ما على أحد الغريمين ، فالواجب عليه هيهنا أن يقاسم شريكه على نصف ما أخذه منه ، لأنه أخذ مايستحقه عليه و مايستحقه شريكه أيضاً عليه ، لأن جميع ما على أحد المدينين لايستحقه أحد الشريكين بانفراده دون شريكه الآخر ، فهذا وجه صحيح ، فيحمل الخبران على ذلك إذا أحسنّا الظن براويهما . فليتأمّل ذلك وينظر بعين الفكر الصافي ففيه غموض » .

و هو كماترى صريح في استقلال الشريك بأخذ حقه من غير حاجة إلى إذن الشريك الآخر ، و أنه لايشاركه فيما أخذه ، لأن كلامنهما ديان مستقل ، كما إذا باعاصفقتين ، بل قديقال : لادلالة في كلامه على صحةقسمة الدين ولزومها ، بحيث لوقبض أحدالشريكين جميع ماعلى المديون اختص به للقسمة ، بل لعلّ كلامه الأخير الذي حمل عليه الخبرين صريح في خلافه ، و من هنالم يشر المصنف و غيره إلى خلافه

في المقام، و إنّما ذكروا كلامه في باب الشركة.

نعم قدوقع ذلك من بعض متأخرى المتأخيرين كالاردبيلي والمحدث البحراني و فاضل الرياض، و إن كان التحقيق خلافه أيضاً في ذلك المقام، لماسمعته من النصوص التي لم تفرق في اشتراك الغريمين بما قبضه أحدهما بين كونه زايداً على حقه، و مساوياً بترك الاستفصال فيها، ولفقد ما الواقع في جوابها.

بل في المختلف «أن الاعتبار يقضي بذلك، لأنه بعد أن حكى القولين قال: وقول الشيخ ليس بعيداً من الصواب، و قياس ابن ادريس القبض على الهبة والابراء غلط، لأن ذلك اسقاط للحق بالكلية، فينتفي حق الشريك ضرورة، أمّا في صورة القبض فليس كذلك، إذ المال مشترك، فإذا دفع إلى أحدهما فانّما دفع عمافي ذمته، والدفع إنّما هو للمال المشترك، فلايختص به القابض، قلت: بل قديقال إن المتجه بعدأن وقع البيع صفقة، اشتراك الثمن المعين بينهما على حسب اشتراك العين الخارجية و كليته لاينافي ذلك، فكل منهماله نصف منه، لايمكن إفرازه بالقسمة و هو في الذمة، بل لايتعين الثمن ملكاً لهما إلابقبضهما معاً، فهما معاحينئذ بمنزلة الديان الواحد، فقبض كل منهما نصف قبض، لأنه قبض للنصف، لعدم إمكان تعيين النصف من الدافع والمدفوع إليه إذا كان أحدهما.

فالأصل حينئذ يقتضى بقاء المدفوع على ملك الدافع حتى يقبضه الآخر، أويجيز قبض الاول فيكون حينئذ مشتركاً بينهما لا أنه بقبض أحدهما يملك نصفه، ويبقى النصف الآخر موقوفاًعلى إجازة الشريك، فله اختياره فيكون شريكاً مع شريكه، وله مطالبة المديون بنصفه، ضرورة كون ذلك مناف لكون الثمن مشتركاً، وكيف يتعين للقابض نصف مع عدم تعين كون المدفوع ثمناً لعدم القبض منهما، إلاّ أن النصوص السابقة صريحة أوكالصريحة في ملك القابض نصفه، وأنه يشاركه الآخر، ولعل حكم المشهور بذلك من جهتها، لاللقاعدة، وهي و إن كان موردها القسمة و كلام الأصحاب أعم، لكن لماكانت القسمة باطلة فهي كعدمها، فيبقى حينئذ قبض أحد الشريكين من غير إذن صاحبه، و قد حكم فيها بالشركة فيما اقتضاه أحدهما.

نعم قديشكل ذلك بأن الموجود فيها الحكم بالأشتراك ، لأنه موقوف ،وليس حينئذ إلا للاذن الحاصل من القسمة التي بطلانها لاينافي وجود الإذن بالقبض ، فيكون الحكم بكونه ملكاً بينهما متّجهاً ، بل قد يقال : إن هذه القسمة غير باطلة، و إنما هي غير لازمة فالأذن الحاصل منها غير باطل .

و من هنا حملوا خبر علي بن جعفر عليه السلام [1] عن أخيه عليه السلام المروي عن قرب الأسناد « سألته عن رجلين اشتركافي سلم أيصلح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضا؟ قال : لابأس » على إرادة بيان الجواز ، بل قد يقال : إن الإذن بالقبض الحاصل من القسمة ليس من لوازمها وتوابعها حتى يبطل ببطلانها ، بل هو كالإذن الحاصل بالمضاربة بالدين كماعرفته سابقاً أو يقال : إن مافي النصوص مبني على الغالب من حصول رضا الشريك بقبض شريكه ، بعد فرض هلاك الباقي وعدم امكان تحصيله من المديون أو يقال غير ذلك .

لكن على بعض هذه الوجوه في النصوص ، يشكل حينئذ الدليل على ما عند الأصحاب من أن أحد الشريكين إذا قبض مقدار حقه مضى في النصف مثلاً ويبقى الباقي موقوفاً على رضى الشريك ، فإن أجازه كان له ، و إلا كان الجميع من حق القابض ، إذ المتجه بعد فرض عدم النصوص ماعرفت من توقف دخوله في ملكهما على رضاهما معاً ، وإلا بقي على ملك الدافع ، وان كان هو مضموناً على القابض مع فرض جهل الدافع ، باعتبار كون يده يدضمان ، ولا ينافي إجازة الشريك نيّة الدافع و القابض أنه لخصوص المدفوع إليه بعدأن كانت لغواً ، فيكفي حينئذ في صحة الأجازة نيّة الدفع عن الدين والقبض كذلك .

وبالجملة افراز حصة الشريك من العين المشتركة بالقبض لايكون الاّ بالقسمة من الشريكين والرضا منهما ، ومن هنا ينقدح الأشكال في صحة ضمان حصة أحدهما دون الآخر ضرورة اقتضائه افرازها عن حصة الآخر ، ولذا قال في جامع المقاصد مؤيّداً لكلام ابن ادريس : «إن صحة الضمان من الدلائل على التمكن من أخذ الحصة

(١) الوسائل الباب ٢٩ ـ من ابواب الدين الحديث ـ ٢

منفردة عن الاخرى ، وكذا جواز تأجيل أحدهما حصته بعقد لازم ، بل أطال رحمه الله في تأييده حتى مال إليه ، كما أن الفاضل في المختلف في آخر كلامه قد اعترف بقوته عكس ثاني الشهيدين في المسالك فإنه لم يأل جهداً في تصحيح كلام المشهور وتقريبه للضوابط ، إلا أنه لم يأت بشيء بعد التأمل .

فالتحقيق مع قطع النظر عن النصوص عدم تعين ما قبضه أحدهما لأحدهما بل هو على ملك الدافع لأن المشترك بينهما كلي لايتعين إلا بقبضهما معاً ضرورة تلازم ملك كل منهما بالقبض على ملك الاخر ، فليس لكل منهما نصف مستقل عن الاخر وإلا لاتجه كلام ابن ادريس .

نعم لو تشاحا في توكيل أحدهما عن الآخر في القبض ، ولا أمكن قبضهما معاً أقام الحاكم مقامهما شخصاً آخر ، أو كفى التخلية لهما أو غير ذلك ، ولتحقيق المسئلة مقام آخر ، وإنما هذا كلام جاء في البين منشاؤه نسبة جواز قسمة الدين إلى ابن ادريس وقد عرفت فساده ، وأن بحثه في مقام آخر مذكور في باب الشركة ، بل المشهور الذين ذهبوا إلى تعيين حصة القابض بما قبضه إن لم يشاركه الاخر ، وإلا فبنسبة شركته أقرب منه إلى القول بقسمة الدين فتأمل جيداً .

وكيف كان فقد ذكر غير واحد للاحتيال في قسمة الدين الحوالة ، وذلك بأن يحيل كل منهما صاحبه بنصيبه الذي في ذمة أحد المديونين وفيه أن ذلك وكالة لا حوالة لأنها من البرئ ، بل لم أجد فيها خلافاً سوى ما حكاه الشهيد في الحواشي المنسوبة إليه من توقف الفاضل في التذكرة في ذلك ، ولاريب في ضعفه .

نعم لو أحال كل منهما بنصيبه لدين سابق عليه صح ، كما أنه يصح الصلح منهما بجعل أحدهما نصيبه في ذمة أحد المديونين في مقابلة نصيب شريكه في ذمة الآخر .

وفي الدروس الاقرب الصحة وفي جامع المقاصد أنه محتمل قلت : لم أجد وجها للعدم سوى دعوى شمول نصوص عدم قسمة الدين لذلك ، إذ لو صح الصلح لكان المتجه حمل مايقع منهما من دون عقده على معاطاته ، مع أن النصوص قد أطلقت عدم تأثيرها مع أن في أسؤلة بعضها مايقضي بحمل فعل المسلم على الوجه الصحيح ، على أن القسمة من أصلها

هي قريبة من الصلح إن لم تكن نوعاً منه ، فمع ظهور النصوص في عدم قسمة الدين قد يستفاد منه عدمها أيضاً و لو بالصلح ، إلاّ أن ذلك كله كما ترى .

ولو قلنا بصحة ضمان حصّة كل منهما أمكن القسمة أيضاً بأن يضمن كل منهما حصّة صاحبه التي في ذمة أحد المديونين بإذنه ، فيتهاترا ، ويبقى كل من الدينين لكل منهما بلا شركة ، ولو كان الدين المشترك في ذمة واحدة و أراد أحدهما الاختصاص بحصته من غير إشكال صالح المديون عنها ، بما يدفعه إليه من مقدارها ، أو وهبها له بعوضها ، أو أحال بها الدين عليه أو نحو ذلك والله أعلم

المسئلة ﴿السابعة﴾ قال الشيخ ومن تبعه : ﴿إذا باع الدين بأقل منه لم يلزم المدين أن يدفع إلى المشتري أكثر مما بذله﴾ اعتمادا ﴿على رواية﴾ محمد بن الفضيل [1] «قلت للرضا عليه السلام : رجل اشترى ديناً على رجل ، ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له : إدفع إلي مال فلان عليك ، فقد اشتريته منه ، فقال : يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين ، و برء الذى عليه المال من جميع ما بقى عليه» ورواية أبي حمزة [2] عن الباقر عليه السلام «سئل عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشترى منه بعرض ثم انطلق إلى الذي عليه الدين ، فقال : أعطني مال فلان عليك ، فاني قد اشتريته فكيف يكون القضاء في ذلك ؟ فقال أبو جعفر عليه السلام : يردّ الرجل الذى عليه الدين ماله الذى اشترى به من الرجل الذى له الدين» .

وظاهر الدروس العمل بهما ، إلاّ أنهما كما ترى ضعيفتان ولا جابر لهما ، بل شهرة الأصحاب بقسميها على خلافهما مخالفتان لأصول المذهب وقواعده ، وليس في ثانيهما أن الثمن أقل ، فيمكن حمله على المساوى ، و إلاّ فإطلاقه مما لا يقول به أحد كاطلاق سؤال الاوّل ، فالواجب حينئذ طرحهما أو حملهما ، وكلام الشيخ كما قيل على الضمان وإن كان فيه عدم معهودية استعمال لفظ الشراء فيه ولو مجازا وأنهما ظاهران في عدم علم المديون بذلك فلا رجوع عليه ، وليس في الثاني تصريح بأنه أدّى إلى صاحب

---

(١) (٢) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الدين الحديث ـ ٣ ـ ٢

الدين كي يستحق الرجوع على المديون، بل فيه أنه اشترى بعرض، فكيف يجامع الضمان، بل دفع القيمة في الأوّل ظاهر في العرض اللّهم إلاّ أن يراد منها المقدار.

أو يقال بكون المراد على هذا التقدير تأدية الضامن عروضاً ضمنه، فكان له المطابة بالقبضة، لكن على كل حال لاريب بعد الحمل المزبور، و أبعد منه حملهما على الشراء الفاسد، و أن صاحب الدّين قد أذن للمشتري أن يقبض من المديون مقدار ما أدى، و يبقى الباقي لصاحب الدين، فيكون المراد من البراءة في الأوّل بالنسبة إلى المشترى، اذ هو كما ترى.

و لعل الأقرب منهما حملهما على الشراء المديون نفسه، ولو بصيغة الصلح باذن من المديون أو باجازة لاحقة، فيكون من صلح الحطيطة اذا فرض كون العوض من الجنس.

هذا وقد أساء الأدب في السرائر في المقام مع الشيخ حتى قال: إن كلامه تضحك منه الثكلى، حيث أنه فهم من إطلاق كلامه جواز البيع بالأقل وإن كان ربوياً و عدم التقابض في المجلس وإن كان الثمن والمثمن من النقدين.

و فيه أن إطلاق الشيخ منزل على احراز شرائط البيع، و ليس في قوله أقل شهادة على ذلك، إذ يمكن فرضه في المتجانسين في غير الربويين، بعد تسليم عدم صدق الأقل بالنسبة إلى قيمة المدفوع، على أنك قد سمعت أن مستنده الخبران الظاهر أوّلهما والصريح ثانيهما في كون الثمن من العروض، ومن هنا قد انتصر الفاضل في المختلف للشيخ حتى استوفى لهحقه، ولابأس فان المؤمن له ناصر والله بعد ذلك هو الغافر، خصوصاً بعد أن كان هذا كلّه لاظهار الحق وتدمير الباطل، بزعم القائل. والله أعلم.

المسألة الثامنة الاقوى حرمة القرض بشرط البيع محاباة أو الاجارة أو غيرها من العقود، فضلاً عن الهبة و نحوها، وفاقاً للاستاد الأكبر الشيخ جعفر، وشيخه الفاضل المتبحر الأقا محمد باقر على ما حكاه عنهما شيخنا في مفتاح الكرامة، قال: و خالفهما في ذلك استادنا الأمام العلاّمه استاد الكل في عصره السيّد محمد مهدى، بل

حكي فيه أيضاً أن الأستاد الأقا المزبور قدصنّف رسالة في تحريم ذلك ، مدّعياً إتفاق الأصحاب وتظافر الروايات ، وهو وإن كان قد يظهر من المختلف ذلك أيضاً ، حيث قال في مسألة البيع بشرط القرض المتنازع فيه : إباحة البيع بالمحابات مع اشتراط القرض ، لاالعكس ، بلعن الصيمرى حكاية ذلك عنه ساكتا .

لكن الأنصاف عدم كون المسألة من الأجماعيات ، إذ في القواعد يجوز لوأقرضه بشرط أن يقترض منه ، أويقرضه أو يبيعه بثمن المثل أو بدونه أو يسلفه أويستسلف منه ، ونحوه في التذكرة . أللهم إلاّ أن يريد بيع المقرض لا المقترض ، فيكون خارجاً عما نحن فيه ، إذهو بدون ثمن المثل نفع للمقترض لاالمقرض ، كما أن قوله في التذكرة يجوز أن يقترض الزائد ثم يستقرض الآخر منه الناقص ، ثمّ يتباريان ، سواء شرط في إقراضه مايفعله الاخر أو لا ،خلافا للشافعى » يمكن أن يكون المراد منه اشتراط نفس القرض ، لا الإبراء ، مع أنه غيرما نحن فيه ، بل مافي الغنية من جواز أن يقرض غيره مالا على أن يعامله في بيع أو اجارة أوغيرهما ، بدليل إجماع الطائفة ، يحتمل كون المراد غيرما نحن فيه من المحاباة ، كالنهاية والسرائر وجامع الشرايع التى عبر فيها ،مثل العبارة المزبورة ، من دون دعوى الأجماع كما قيل .

بل لعل ماحكاه في كشف الرموز كماقيل عن الشيخ من الإجماع على أنه يجوز لمن يقرض مالا أن يبتاع منه شيئاً بأقل من ثمن المثل لاعلى وجه التبرع ، بل بسبب الأقراض ، وأنه لايعرف له مخالفاً كذلك أيضاً ، وأنه لم يأخذه شرطاً في عقد القرض وإن كان هو السبب فيه ، مع أن المحكى عن خلافه أنه قال : إذا باع دارا على أن يقرض المشترى ألف درهم ، أويقرضه البايع الف درهم فإنه سائغ ، وليس بمحظور دليلنا إجماع الفرقة ، إلاّ أنه ومع ذلك كله فلايقطع بحصول الأجماع على الحرمة .

نعم نص عليها الفاضل في التحرير فقال : « لوشرط في القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أويقرضه مرّة أخرى جاز ، أما لوشرط أن يؤجره داره بأقل أو يستأجر منه بأكثر ، فالوجه التحريم ، وعن كشف الرموز أنه حكاه عن بعض الأصحاب وتردد هو فيه ، وقيل انه يلوح من صاحب التنقيح وعن الأستاد أنه حكاه عن المصنف و عن

أبي طالب الحسيني في رسالته الفارسية .

وكيف كان فلاريب في أنه الأقوى لصدق جر النفع به ، المحرّم فتوى وسنة ، ولا يعارضه مادل على « أن خير القرض ماجرّ نفعاً » ، المحمول كماعرفت على عدم الشرط ، ونحو ذلك مماتقدم ،كما أنك قد عرفت الكلام في اشتراط الرهن والكفيل على هذا الدين أودين آخر ، وفي اشتراط الصحيح بدل الغلة ، وفي اشتراط الاعطاء في بلد آخر أو غير ذلك ، ممّا هو غير مناف لذلك ، أو أنه دلّ عليه الدليل ، أوأنه لا تقول به ، فلاحظ وتأمّل .

بل قد عرفت ـ في دعوى المحقق الثاني من أن الممنوع اشتراط الزيادة في نفس مال القرض ، أوصفته ، ومافي تأمل الأردبيلي في حرمة اشتراط زيادة الصفة ،والعبارات السابقة التي بعضها معقد صريح الإجماع أوظاهره قدعرفت الحال فيها ، و على تقدير إطلاقها فالتعارض بينها وبين ذلك من وجه ، ولعلّ الترجيح للمقام ، فلاوجه لدعوى تقيّد هذا الإطلاق بها ، كما أنه لاوجه لمعارضته بالاجماعات المحكية على جواز البيع بشرط القرض ، و بغيرها من الأدلة المذكورة لذلك ، فإنه قدأنهاها في المختلف إلى خمسة و عشرين ، و إن كان في بعضها ما فيه ، بعد وضوح الفرق بين المسألتين و أنهما ليسا من سنخ واحد ، ضرورة عدم الاشتراط في عقد القرض ، و إنما هوشرط في عقد البيع فلابأس به ، وإن كان محاباة ، و كون ذلك هو السبب في فعل القرض ،وإلاّ لم يقع من المقترض،لايدرجه تحت أدلة المنع كما هو واضح ، ودعوى أن ما دل على حرمة جرالنفع من الأخبار المرسلة بل قيل العامية في غاية الفساد ، بعد ماعرفت من اتفاق الفتاوى على مضمونه ، وأن في نصوصنا المعتبرة ماهومثله في الدلالة كصحيح محمد بن قيس [1] وغيره المتقدمة سابقاً التي هي دليل آخر للمطلوب ، خصوصاً صحيح محمدبن قيس منها ضرورة أنه مع اشتراط محاباة في قرض الورق مثلاً قد اشترط زائداً على ردمثلها ، وقدنهى عنه ، ولا ينافيه خروج اشتراط مالانفع فيه عنه ، بعدمعلومية

---

(١) الوسائل الباب ـ ١٩ ـ من ابواب الدين الحديث ـ ١١

كون المراد منه عدم اشتراط الزائد على ذلك مما يكون نفعاً للمقرض لامطلقا ، ولو بقرينة ذيله ، والورق فيه لاريب في ارادة المثال منه لكل قرض ، وبالجملة لاينبغي التأمل في دلالة جميع النصوص السابقة أواكثرها على حرمة القرض ، ولو أن كون الشرط للنفع في عقد آخر مسوغاً لذلك ، لجاز اشتراط الهبة والعارية و نحوهما مما هو معلوم العدم نصاً و فتوى ، ولعل المسألة من الوضوح لاتحتاج إلى إطناب ، بل الداعي إلى هذا القدر من الكلام هوأني قدعثرت على تحرير لبعض مشايخنا فيهذه المسألة قد ذكر فيه أن هذه المسألة من أمهات المسائل بل مهماتها ، وأنه قدكتب هو و غيره فيها رسالة ، و قد أطنب في المقال مختارا للحلّ فيها ، بل شدّد النكير على القول بالحرمة ، مستندا إلى نصوص:خير القرض ماجرّ نفعاً ، [1] ونصوص سلسبيل [2] التي قدمنا شطرا صالحا منها في تأجيل المعجل ، و إلى إطلاق العبارات السابقة التي بعضها معاقد الاجماع ، مضافاً إلى العمومات ، وإلى ماأورده على مايقتضي المنع ، مما يعرف جوابه بأدنى تأمل فيما ذكرنا .

كماأنه يعرف عدم الدلالة فيشيء مماذكره من النصوص المزبورة وإن أكثر منها ، ضرورة خلوها عن الاشتراط في عقد القرض ، ولاريب في أنه لابأس به مع عدمه ، والاجماعات السابقة قدعرفت حالها ، والعمومات يجب الخروج عنها ، فليس للجواز حينئذ شيء يعتدبه .

كماأنه ليس للمنع فيشرط القرض بعقد البيع محاباة شيء يعتدبه ، وإن حكى فيالمختلف عن بعض من عاصره التوقف فيه ، بعدأن قال : المشهور بين علمائنا الماضين ومن عاصرناه إلامن شذّ أنه يجوز بيع الشيء اليسير بأضعاف قيمته بشرط أن يقرض البايع المشتري شيئاً ، ولعله أرادبمن عاصره المصنف ، فإن المحكي عنه التردد فيذلك و أن له كلاماً واحتجاجاً .

وكان ذلك هوالذي دعى الفاضل فيالمختلف إلى الاطناب في المسألة حتىذكر

---

(١) الوسائل الباب ١٩ ـ من ابواب الدين

(٢) الوسائل الباب ـ ٩ ـ من ابواب احكام العقود

للجواز خمسة وعشرين دليلاً ، و إن كان جملة منها تكريراً للدليل ، أولا يرجع إلى حاصل ، وقداعترف هو بأن بعضها ذكرناه للالزام ، لاللاحتجاج ، والعمدة العمومات في الشرط والبيع ، وإطلاق نصوص الحيلة الواردة في حكاية سلسبيل وغيرها ،واتفاق الاصحاب ظاهراعلى الجواز،فا ن المفيدوالمرتضى والشيخ وغيرهم قدنصواعلى ذلك،وجعلوا الخلاف فيه للعامّة ، و أنه ليس لهم دليلا على ذلك ، بل نصّ المرتضى و الشيخ على الاجماع عليه ، بل في المختلف « اتفاق علماء الامامية السابقون على الجواز ، فانهم قالوا : لابأس ان يبتاع الانسان من غيره متاعاً أوحيواناً أوغير ذلك ، بالنقد والنسيئة ، ويشترط أن يسلفه البايع شيئاً في مبيع ، أويقرضه شيئاً معلوماً إلى أجل أويستقرض منه »فيكون حجّة ، لماثبت من أن اجماع الامامية حجّة ، وبالجملة كان الاطناب في ذكر كلمات الاصحاب ومعاقد إجماعاتهم وذكر مايقتضى الجواز من ذلك وغيره خال عن الفائدة ، لمعلوميته بأدنى ملاحظة ، خصوصاً مع عدم مايقتضي المنع سوى ما ذكره الفاضل في المختلف من صحيح يعقوب بن شعيب [١] المتقدم سابقاً في مسألة اشتراط النفع في القرض ، الذى هومع خلوه عن النصّ على المحاباة وعن اشتراط ذلك في العقد بلفظ « لايصح » ا لمشعر بالكراهة و صحيح مُحَمَّد بن قيس [٢] المتقدم أيضاً الذى هو مع التأمل دال على المطلوب لاعكسه ، فلا أقل من أن يكون خارجا عنهما ، وخبر خالدبن حجاج [٣] « جاءالربا من قبل الشروط » وإنّما يفسده الشروط الذي هومن القضايا المجملة المفسّرة بغيره من النصوص التي ذكرت في الرّبا في اشتراط النفع في القرض واشتراط الزيادة في بيع المتساويين ونحوذلك ، وكون البيع محاباة نفعاً وهو مشترط في القرض ، فيجب أن يكون حراماً ، الواضح فساده بأنه غير محل النزاع ، إذ الكلام في اشتراط القرض فيه ، لاالعكس ، ودعوى التلازم بينهمامَمنوعة كوضوح فساد الاُستدلال أيضاً بأنه لوجاز اشتراط المحاباة في القرض لجاز اشتراط الهبة والعارية ، لاَن كل واحد منهما عقد لو انفرد لاَفاد الحلّ ، ومع اشتراطه في القرض يحرم ، إذهو أيضاً خارج عن

(١) (٢) الوسائل الباب ـ ١٩ ـ من ابواب الدين الحديث ـ ٩ ـ ١١ ـ

(٣) الوسائل الباب ـ ١٢ ـ من ابواب الصرف الحديث ـ ١ ـ

محلّ البحث وغير ذلك ممّا لاينبغي صدوره ممّن لهأدنى نصيب في العلم .

فمن الغريب سطر(*)الفاضل لهافي المختلف ، وأغرب منها جوابه عن الأخير منهابمنع الملازمةأوّلا ، وبعدماستحالةالثاني ثانيا ، وخبرمحمّدبنقيس بعداشتراكراويه بين الثقه وغيره لايعوّل عليه ، ضرورة وضوح فساده إنكان المراد التزام جواز ذلكفي عقدالقرض ، وإلاّ كان خارجاً عمّا نحن فيه ، فالتحقيق في الجواب ما عرفت والله أعلم .

المسألة التاسعة : لو اقترض دراهمثمأسقطها السلطان وجاءبدراهم غيرها لم يكن عليه إلاّ الدّراهم الأولى ، وفاقاً لصريح جماعة وظاهر آخرين ، لإطلاق الأدلّة ، و خصوص الصحيحين [1] ، وخلافاً للصدوق في المقنع ، فأوجب التي تجوز بين الناس ، للصحيح [2] أيضاً « لكأن تأخذ منهمايتفق بين الناس ، كماأعطيته ماينفق بين الناس» القاصر عن مقاومة السابقين من وجوه ، فيحمل على أخذذلك بالتراضي بينهما ، ولم يكن فيه ربا . بل قديرجح للمستقرض الدّفع للاحسان ، أوعلى إرادة قيمة الأولى إذا فرض تعذّرها ، وربّما حمل على مهر الزوجة أو ثمن المبيع ، وفيهمع خروجه عن الظاهر أن حكمهماحكم القرض .

نعم يمكن ثبوت الخيار في المعاملة بها مع عدم العلم ، لأنه كالعيب بالنسبة إلى ذلك ، وإلاّ فلا فرق بينهما وبينه ، بل وبين المضاربة على الأقوى ، فرأس المال الدراهم الساقطة دون الثانية . وقديحتمل جبرالنقص بالربح ، إلا أنه ضعيف ، لعدم كونه نقصاً فيرأس المال ، وإنماهونقص في قيمته بسبب منغير التجارة . وكيف كان فلو تعذرت فالقيمة وقتالتعذر ، أوالقرض أوالمطالبة أو الأداء أو الأعلى ، بوجوهه على حسب ماتقدّم سابقاً في تعذر المثلي ، لكن ينبغي إعطاء القيمة من غير الجنس حذراً من الرّبا بناء على عموم جريانه لمثله ، كما هو واضح . والله أعلم .

المسألة العاشرة : قال الفاضل و غيره : لو قال المقرض للمقترض مثلاً إذامت فأنت في حلّ ، كان وصية ولو قال : إن متّ ، كان إبراء باطلا ، لتعلقه على الشرط ،

(*) تنتظر .

(١) (٢) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ منابواب الصرف الحديث ـ ٢ ـ ٣ ـ ١

ووافقه على الأولى في الدروس ، ونسب الثاني إلى القيل ؛ وقال : الأقرب العمل بقصده ولعلّ وجه الفرق بين إن وإذا ، أنّ إذا ظرف في الأصل ، وإن عرض لها معنى الشرط فكأنه قال : وقت موتي أنت في حلّ ، وذلك مجزوم به غير مشكوك فيه ، فلا تعليق فيصحّ ، وان حرف شرط مقتض للشك في كونه إبراء ، ومتى كان المعلّق عليه مشكوكاً فالمعلّق أولى ، و لايضرّ كون الموت بحسب الواقع مقطوعا ، لأن الاعتبار في عدمه بالصيغة الواقعة ابراء ، فمتى لم تكن واقعة على وجه الجزم ، لم تكن صحيحة .

لكن قد يناقش أوّلا : بأنّ الوصية قد تقع بلفظ إن ، كما صرّح به الفاضل في وصايا الكتاب ، فمع قصد الوصية من الفرض لم يكن به بأس ، ودعوى أن الشارع وضع إذا في إنشاء الوصايا ، دون إن كما عن حواشي الشهيد غير ثابتة ، و ثانياً : ان المتجه البطلان مع قصد الابراء دون الوصية ولو بلفظ إذا ، للتعليق الممنوع و دعوى ـ أنه مع الجهل بالقصد يحمل الأول على الوصية ، والثاني على الابراء المعلّق أمّا لو علم إرادة الوصيّة منهما صحّ فيهما ، كما أنه لو علم إرادة الابراء المعلّق فسد فيها ـ يمكن منع شهادة العرف بذلك ، و أنه لا فرق بينهما كما لايخفى فتأمل والله أعلم .

المسئلة الحادية عشر : الظاهر من النصوص والفتاوى جواز الاقتراض وإن لم يكن له مقابل وقدرة على القضاء لوطولب ، خلافاً للمحكي عن أبي الصلاح فحرّمه ولعلّه لموثق سماعة [1] « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرّجل منا يكون عنده الشيء يتبلغ به ، و عليه دين أيطعم عياله حتى ياتي الله عزّ وجل بميسرة فيقضي دينه أو يستقرض على ظهره في خبث الزمان وشدة المكاسب ، أو يقبل الصّدقة ؟ قال : يقضي بما عنده دينه ، ولا يأكل من أموال الناس إلّا وعنده مايؤدى إليهم حقوقهم ، إن الله عزّ وجل يقول : «ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ أن تكون تجارة عن تراض منكم» ولا يستقرض على ظهره إلاّ وعنده وفاء ، ولو طاف على أبواب الناس فردوه باللقمة و

(١) ذكر صدره في الوسائل في الباب ٤ من ابواب الدين الحديث ٣ وذيله في الباب ٢ الحديث ٥ .

اللقمتين والتمرة و التمرتين ، إلا أن يكون له ولي يقضي دينه من بعده ، ليس منّا من ميّت يموت إلاّ جعل الله له ولياً يقوم في عدته ، فيقضي عدته ودينه» ولكنه مع شهادة ذيله بخلاف قوله في الجملة غير مقاوم للإطلاقات المعتضدة بإطلاق الفتاوي .

مضافاً إلى خبر موسى بن بكر [١] «قال : قال لي أبو الحسن عليه السلام : من طلب هذا الرزق من حلّه ليعود به على نفسه وعياله ، كان كالمجاهد في سبيل الله عز وجل ، وإن غلب عليه فليستدن على الله عزّ وجلّ وعلى رسوله مايقوت به عياله ، فإن مات ولم يقضه كان على الأمام قضاؤه فان لم يقضه كان عليه وزره ، إنّ الله عزّ وجل يقول : «إنّما الصدقات للفقراء والمساكين ـ إلى قوله ـ والغارمين» وهو فقير مسكين مغرم » ،

ونحوه غيره ، بل روي [٢] أيضاً « أنّ من استقرض في حق أجّل سنة ، فإن اتسع وإلا قضى عنه الأمام عليه السلام » وخبر أيّوب بن عطية [٣] الحذا قال : سمعت أبا عبدالله يقول : «كان رسول الله يقول : أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، وإن ترك مالاً فللوارث وإن ترك ديناً أوضياعاً فإليّ وعليّ » والضياع بالفتح العيال ، ونحوه غيره .

وخبر أبي موسى [٤] « قلت : لأبي عبدالله عليه السلام جعلت فداك يستقرض الرّجل ويحجّ ؟ قال : نعم قلت : يستقرض ويتزوج ؟ قال : نعم إنه ينتظر رزق الله غدوة وعشية» إلى غير ذلك ممّا هو دال بإطلاقه وغيره على الجواز . بل ينبغي القطع به مع علم المقرض بذلك ، فلا بأس حينئذ بحمل الخبر المزبور على نوع من الكراهة ، أو على الأقتراض مع العزم على عدم الوفاء ، أو غير ذلك .

وعلى كل حال فهو دال على الأكتفاء بالولي ، وإن لم يكن يجب عليه الوفاء كما أفتى به الشيخ في النهاية ، ومن الغريب مناقشة ابن إدريس له بعدم وجوبه عليه مع عدم قوله به ، اللّهم إلاّ أن يريد عدم جواز الأقتراض اعتماداً على الولي الذى لا يجب عليه

(١) الوسائل الباب ـ ٩ ـ من ابواب الدين الحديث ـ ٢

(٢) المستدرك ج ٢ ص ٤٩٠ .

(٣) الوسائل الباب ـ ٣ ـ من ابواب ضمان الجريرة الحديث ١٤ .

(٤) الوسائل الباب ـ ٣ ـ من أبواب الدين الحديث ـ ١

الوفاء ، و حينئذ يكون اجتهاداً في مقابلة النص ، كقوله بعدم جواز الاستدانة لغير الواجب من الحج الذى قد عرفت تصريح الخبر به ، قال في السرائر : « لا يجوز للإنسان أن يستدين مايصرفه في نفقة الحج إلاّ بعدأن يكون الحج قد وجب عليه لوجودشرائطه ، ويكون له مال إذا رجع اليهقضى منهدينه ، وماورد من الأخبار في جواز الإستدانة للنفقة فيالحج محمول علىماذكرناه وحررناه ، لاعلى من لايكون الحج قد وجب عليهولايكون له مال إذا رجعإليه قضى منه دينه ، لأنّ هذا لايجب عليه الحج وهوعلى هذهالصفة ، وإذا كان كذلك لايجب عليه ، فلايجوز أن يستدين ليفعلمالايجب عليه» .

و يمكن أن يريد بعدم الجواز الكراهة ، خصوصاً مع ذكره قبل ذلك « أنّ الاولى للمختار أنلا يستدين إلا إذاكان له ما يرجع إليه فيقتضى به دينه ، فإن لم يكنله مايرجع اليه فقد روي أنه إن كان لهولي يعلم أنه إن ماتقضى عنه قام ذلك مقام مايملك » إلى أن قال : «فإذا خلا من الوجهين فإنه يكره لهالاستدانة وليس ذلك بمحظور إذاكان عازماً علىالقضاء منفقاً له في الطاعات والمباحات » وهوصريح فيما قلنا ، فمنالواجب حمل كلامه على ماذكرناه واللهأعلم .

﴿المقصد السادس﴾

من المقاصد التي استدعاها النظر في السّلف ﴿ في دين المملوك ﴾

لكن ينبغي أن يعلم أولاً : أنه ﴿ لايجوز للمملوك ﴾ فضلاً عن غيره ﴿ أن يتصرف في نفسه باجارة ، ولااستدانة ، ولاغير ذلك منالعقود ، ولابما في يده ببيع و لاهبة إلا باذن سيّده ولوحكم له بملكه ﴾ لما عرفته سابقاً من كونه محجوراً عليه ، وأنه لايقدرعلى شيء . بل لايبعد عدمجواز التصرف له في نفسه لنفسه بمايزيد على ضروريات تعيّشه ، وماعلم من السّيرة وغيرها عدم تسلط المولى على منعه منها من بعض حركات بدنه ونحوها ، كالعلم بعدم توقف الرخصة في بعض الأفعال له على

إذن السيّد ، بل الظاهر أنها رخصة شرعية حتى ينهاه السيّد عنها ، فيجب امتثاله حينئذ .

لكن المراد بعدم جواز ما في المتن إذا كان الواقع العقد خاصة عدم ترتب الأثر عليه ، فهو فضولي حتى لو قلنا بحرمة مباشرته العقد من دون إذن سيّده ، باعتبار أنه تصرف في لسانه المملوك للسّيد من غير إذنه ، إلا أن ذلك لا يمنع من صلاحية العقد للتأثير مع الإجازة ، ومنه ينقدح صحة عقد العبد للغير حتى مع نهي السيّد له، فضلا عن الوقوع بغير إذن ، إذ أقصاه الإثم في التلفظ بذلك ، وهو لا يقتضي الفساد بالنسبة إلى ترتب الأثر . لكن لا يخلو من تأمل .

وعلى تقديره لا تثمر في صحته الإجازة كما هو واضح ، بل لا يخلو المنع في المتن و غيره من تأمّل أيضاً لابتنائه على الحجر عليه حتى في الذمة التي يتبع بها بعد العتق وإلا لم يتجه منعه من الضمان التبرعي ونحوه الذي لم يتوقف على ملك أو تمليك غير صالح للعبد ، وفي ثبوت دليل له غير الآية [1] التي قد سمعت البحث فيها سابقاً لا يخلو من بحث ، ولعلّه لذا كان خيرة الفاضل في التذكرة جواز الضمان من دون إذن السيّد لكن يقوى في النظر المنع لظاهر الفتاوى وغيره .

نعم قد يقال بصحة عقد الصلح الذى يقوم مقام العارية له ، بناء على صحتها له من دون إذنه ، كما هو الظاهر ، بل قد يقال بجواز الإباحة المضمونة بالتلف له ، للأصل السالم بلا معارض وليس ذلك قدرة للعبد ، بل قدرة للحرّ على ماله ، فتأمّل جيّداً . والله أعلم .

﴿ وكذا ﴾ لا يجوز له التصرف ﴿ اذا أذن له المالك أن يشتري لنفسه ﴾ لما عرفته سابقاً من استحالة ملكه شرعاً ، فإذنه له فيه كعدمها ، فيقع الشراء له باطلا ، بل الظاهر بطلانه للسيّد أيضاً ، لعدم إذنه بالشراء له ، و دعوى ـ أن الشراء لنفسه قد تضمّن أمرين : الاذن في الشراء وتقييده بكونه لنفسه ، فإذا بطل المقيّد بقي المطلق، لأن المطلق جزء المقيد فيقع للمولى ، لأنه إذن في الابتياع في الجملة ـ

(١) سورة النحل الاية ٧٥ .

واضحة البطلان لأن الإذن إنّما تعلق بأمر واحد، و هو المقيد المخصوص بالعبد فحيث لم يصح كان الابتياع باطلاً، لأنه غير مأذون فلا يثمر ملكاً للمولى. لأنه يأذن فيه على هذا الوجه.

نعم قد يقال: ليس المراد من ذلك تقييد الشراء بكونه للعبد، بل هو أشبه شيء بالمقارنات الاتفاقية، وإنّما المراد الشراء، فنيته حينئذ لنفسه لاغية، والفرض أن الشراء مأذون فيه، وليس غير السيّد يقع له، فهو كما لو قال السيّد لعبده: اشتر لي فاشترى العبد لنفسه، فإن الظاهر عدم تأثير نيته، وكقول القائل لوكيله: اشتر لي بعين هذا المال فاشترى به الوكيل ناوياً نفسه، فإن الظاهر صحة الشراء ولغو النية. فنية العبد هنا لنفسه بعد أن كان غير قابل للتمليك من قبيل نية الوكيل نفسه مع كون الشراء بعين المال، بل من قبيل نيّة العبد الشراء للدابة، بل ما نحن فيه أشبه شيء بما لو قال القائل: اشتر بعين مالي لزيد كذا، فإنه لاريب في صحة الشراء لصاحب المال و إن نوى المشتري أنه لزيد، إلا أنه بعد أن كان المالك للمال المجعول ثمناً غيره كانت النية لاغية، فكذا المقام فتأمّل جيّداً.

و على ذلك فالتردد حينئذ في جواز تصرف العبد ينشأ من اقتضاء الإذن في الشراء لنفسه الإذن في التصرفات و إن بطل الأول بتعذر ملكية العبد، و من أنّ الإذن له في التصرف إنّما كانت تبعية لشرائه لنفسه، أمّا إذا كان غير مالك فلا إذن، إذ يمكن أن لا يرضى المولى بالتصرف مع فرض كونه المالك، ولا ريب في أنه الأقوى، بل قد يمنع حصول الإذن في التصرف بالإذن بالشراء لنفسه، و إن قلنا بملكيته التي لا يسوغ له التصرف معها باعتبار كونه محجوراً عليه هذا.

﴿و﴾ لكن في المتن ﴿فيه تردد. لأنه يملك وطء الأمة المبتاعة. مع سقوط التحليل في حقه﴾ ولا يخفى عليك أن ما ذكره وجهاً لأحد شقّي التردد لاينطبق على ذلك، ولو حمل على كون ذلك من السيّد ولو بقرينة عدم ملكية العبد لإرادة انتفاع العبد بما يشتريه له لم يتجه التردّد حينئذ، ضرورة وضوح الجواز. اللّهم إلاّ أن يكون وجه المنع فيه ان الأذن قد وقعت سابقة على الملك فلا

تأثير لها ،كما أنّ وجه الجواز فيه أنّه يملك وطي الأمة المبتاعة بالإذن المزبورة مع سقوط التحليل في حقه ، بناء على اقتضائه التمليك الممتنع بالنسبة إليه ، مع أنه لا معنى لتحليله أمة الغير ، إذ الفرض عدم وقوع غير الاذن السابقة ، فلم يبق مستندا لجواز الوطىء إلاّ الاذن السابقة ، فإذا أثرت فيه ففي غيره بالأولى .

لكن هذا مبني على كون جواز الوطي أوضح من غيره ، حتى يصح جعله دليلاً بالأولوية ، و على كل حال فالعبارة كما ترى . لكن ما في التذكرة قد يؤمي إلى ما ذكرنا في الجملة ، قال : « لو أذن المولى لعبده في الشراء للعبد صحّ ، والأقرب أنه لا يملكه العبد ، فحينئذ يملكه المولى لاستحالة ملك لا مالك له ، ولكن للعبد استباحة التصرف والوطيء لو كان أمة ، لا من حيث الملك بل لاستلزامه الاذن» هذا و في المسالك جعل منشأ التردد ، كون العبد يملك وطيء الأمة المبتاعة ، يحتمل امرين ، معترفاً بوضوح فسادهما معاً ، و في شرح الترددات لأحد تلامذة المصنف على الظاهر « إذا أذن المولى لمملوكه في الشراء لنفسه ، هل يملك بذلك ؟ تردّد فيه المصنف و منشأ النظر إلى عموم قوله تعالى [1] « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » و قد عرفت فيما مضى أن النكرة في سياق النفي تعمّ . و في الاستدلال بهذه الاية تعسف إلى أن قال : وإلى الالتفات الى أنه يستبيح وطيء الأمة المأذون له في ابتياعها لنفسه ، ولا شيء من الاسباب المبيحة للوطيء موجودة هنا إلّا التملك ، فيلزم القول به ، اما الأولى فلان الأسباب المقتضية للاستباحة العقد وهو منتف هنا ، و التحليل ، وهو منتف أيضاً لافتقاره الى اللفظ الدّال عليه ، فلم يبق سوى الملك .

و أمّا الثانية ، فظاهرة لاستحالة وجود الملزوم من حيث هو ملزوم بدون لازمه ، ولو قيل بالمنع من الوطيء أصلاً إلاّ مع صريح اللفظ كان وجهاً ، ولقائل أن يمنع انتفاء التحليل هنا ، إذ الاذن في الشراء مستلزم للإذن في الوطيء و هذا

(١) النحل ـ ١٦ ـ

إنّما يتأتّى على قول من لم يجعل للتحليل لفظاً معيناً » وهو كما ترى . من غرائب الكلام . و ماكنا لنؤثر أن يقع ذلك ممّن له أدنى نصيب في العلم . و في القواعد : «ولو أذن له المولى في الشراء لنفسه ففي تملكه أي المولى إشكال ، وهل يستبيح العبد البضع الأقرب ذلك ، لامن حيث الملك بل لاستلزامه الإذن » ، و فيه : تأييد لما قلناه سابقا في الجملة والله أعلم

و كيف كان ﴿ فاذا أذن له المالك في الأستدانة ﴾ لنفسه على حسب إذنه في الشراء له ، جرى فيه البحث السابق الذي منشأه عدم ملكية العبد المشترك بين المقامين ، بعد فرض إرادة الأذن له بأن يملك بالإستدانة ، و احتمال أن له شغل ذمته بالإذن و إن كان الذي استدانه ملكاً للمولى ، فإذا رضي المقرض يكون العوض في ذمة العبد المأذون ، ستعرف ما فيه .

نعم إن أذن له في الاستدانة ﴿ له كان الدين لازماً للمولى ﴾ قولاً واحداً كما في المسالك ، و بلاخلاف كما في غيرها ، بل ولا إشكال ضرورة كونه كالو كيل ، بل هو أولى باعتبار عدم مال للعبد ، يؤدي منه ، إذ هو لايقدر على شيء ، ولافرق بين أن يقصد المقرض العبد أوسيده ، ولابين أن يقصد العبد نفسه أوسيّده ، ولوصرّح المولى للعبد بأن المراد شغل ذمته أي العبد للمولى على معنى كون المال المقرض للسيّد ، والشغل لذمة العبد ، كان قرضاً فاسداً يتبع به من استولت يده ، ويستقر على المباشر لاتلافه، و إنكان قد يشكل فيما إذا علم المقرض بالحال ، و أقدم على ذلك ، و كان المتلف المولى ، لأنه هو الذي ضيع ماله ، فيتبع به العبد بعد عتقه ، لعموم « على اليد » [1].

ويدفع بأنه يلتزم بذلك إذاكان صحيحاً ، فمع فرض الفساد يتجه الرجوع على المولى حتى مع العلم بالفساد ، كما في غيره من العقود الفاسدة ، و كذا إن كان أذن له في الأستدانة لنفقته الواجبة على المولى بل و غيرها ﴿ إن استبقاه أوباعه ﴾ بلاخلاف أجده في شيء من ذلك ، بل عن المهذب الأجماع عليه ، للتعليل السابق الذي لافرق فيه بين كون المنتفع العبد أو السيد ، بعد أن كان هو الآذن للعبد الذي

(١) سنن البيهقي ص ٩٠ كنز العمال ص ٢٥٧ .

لايقدر على شيء ، ولصحيح أبي بصير [1] و غيره الظاهر في أن مداركون دين العبد على المولى إذنه له فيه ، قال : « قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه ديناً ، فقال : إن كان أذن له أن يستدين فالدّين على مولاه ، و إن لم يكن أذن له أن يستدين فلاشيء على المولى ، ويستسعى العبد في الدين » وفي خبر شريح [2] « قال أمير المؤمنين عليه السلام : في عبد بيع و عليه دين ؟ فقال : دينه على من أذن له في التجارة ، و أكل ثمنه » وفي الموثق [3] « سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل مات و ترك ديناً و ترك عبداً له مال في التجارة و ولداً و في يدالعبد مال و متاع ، و عليه دين استدانه العبد فيحياة سيّده في تجارته ، فإن الورثة وغرماء الميتاختصموا فيما في يدالعبد من المال والمتاع و في رقبة العبد ؟ فقال : أرى أن ليس للورثة سبيل على رقبة العبد ، ولا على ما في يده من المتاع والمال إلا أن يضمنوا دين الغرماء جميعاً فيكون العبد و ما في يده من المال للورثة ، فإن أبواكان العبد و ما في يده للغرماء يقوّم و ما في يده من المال ، ثم يقسّم ذلك بينهم بالحصص ، فإن عجز قيمة العبد عن أموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقيلهم إن كان الميت ترك شيئاً وإن فضل من قيمة العبد وما كان في يده عن دين الغرماء ردوه على الورثة » .

وفي خبر أشعث [4] عن الحسن عليه السلام « في رجل يموت وعليه دين قد أذن لعبده في التجارة ، و على العبد دين ؟ قال : يبدأ بدين السيّد » و من الاجماع على عدم وجوب البدأة يعلم عدم إرادة ذلك من الأمر ، و في الرياض الأستدلال عليه بخبر طريف [5] بيّاع الأكفان ـ « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن غلام لي كنت أذنت له في الشراء والبيع ، فوقع عليه مال للناس ، و قد أعطيت به مالا كثيراً ؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام إن بعته لزمك ما عليه و إن اعتقته فالمال على الغلام ـ و هو مولاك» .

---

(١) (٣) (٥) الوسايل الباب ـ ٣١ ـ من ابواب الدين الحديث ـ ١ ـ ٥ـ٢

(٢) الوسائل الباب ـ ٥٥ من ابواب العتق الحديث ـ ٢

(٤) الوسائل الباب ـ ٥٥ ـ من ابواب العتق الحديث ـ ١ ـ

وفي آخر (١) ان طريف الاكفاني كان أذن لغلام له في البيع والشراء فأفلس ولزمه دين ، فأخذ بذلك الدين الذي عليه ، وليس يساوي ثمنه ما عليه من الدين ، فسأل أبا عبدالله عليه السلام ، فقال : إن بعته لزمك الدين ، و إن اعتقته لم يلزمك الدين فأعتقه و لم يلزمه شيء » ، ولايقدح مافيهما من اشتراط البيع بعد عدم القائل بالفرق بينه و بين الا بقاء بل قيل إنه أولى ، كما أن قصور السند فيهما و غيرهما منجبر بما سمعت من الاجماع المعتضد بعدم الخلاف .

نعم هما مع خبر عجلان (٢) عن الصادق عليه السلام «في رجل أعتق عبداً و عليه دين ؟ قال : دينه عليه ولم يزده العتق إلاخيراً » حجة القول الذي أشار إليه المصنف بقوله ﴿ و إن أعتقه قيل: يبقى الدين في ذمة العبد ﴾ والقائل به الشيخ في النهاية والقاضي وجماعة على ما حكي ، بل لعله ظاهر التذكرة .

﴿ وقيل : بل يكون باقياً في ذمة المولى ، وهو أشهر الروايتين ﴾ و القولين ، بل هو المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلا : لصحيح أبي بصير (٣) السابق وغيره ، القاصر غيره عن معارضته سنداً ولاجابر ، بل ودلالة إذ الأولان وإن صرح فيهما بالتفصيل بين العتق وغيره مما هو قابل لتخصيص صحيح أبي بصير وغيره ، إلا أنها لا تصريح فيها بالتفصيل بالاذن وعدمه الذى صرح به في صحيح أبي بصير ، والاذن بالبيع والشراء فيهما أعم من الاذن بما تضمناه من الدين الذي لزم العبد ، فتخصيصهما بالصحيح المزبور أولى للشهرة بقسميها ، و لقاعدة كون العبد بالاذن في الاستدانة باقياً في ذمة المولى كالوكيل ، وإن أنفقها على نفسه ، ولاستصحاب ضمان المولى ، بناء على أن المشغول مع الاذن ذمة المولى ، لأن العبد المشغول ، والمولى يجب تأديته عنه ، وإلا كان الأصل بالعكس ، ومنه ينقدح ضعف آخر للدعوى : وهو أنه لم يتجدد سبب صالح للشغل حال العتق ، فهو مرجح آخر أيضاً ، مضافاً إلى غير ذلك .

(١) الوسائل الباب - ٣١ - من ابواب الدين الحديث - ٣ -
(٢) الوسائل الباب - ٥٤ - من ابواب العتق الحديث - ١ -
(٣) الوسائل الباب -١٣- من ابواب الدين الحديث -١

ولا ينافي ما فيهما من كون الدّين على المولى إن باع ، إذ يمكن كما في الحدائق والرّياض كون ذلك للحيلولة بينه وبين أصحاب الدّين بالبيع ، لا من حيث أن المال لازم بأصل الاذن في التجارة ، والحال أن الاذن لم يحصل في الاستدانة وفيه أنه لا حيلولة بعد فرض عدم الاذن في الاستدانة ، ضرورة كونه يتبع به العتق ، فلا يمنع المالك من بيعه كما هو واضح على أنّ هذا الكلام مناف للاستدلال بهما سابقاً على المسألة الأولى المبني على وقوع ذلك من المولى ، فلابدّ حينئذ من طرحهما في مقابلة ما عرفت أو حملهما على ما ستسمع ، من حمل نصوص الاستسعاء عليه في مسألة الإذن له في التجارة ، دون الاستدانة. وأما خبر عجلان فهو مع ضعف سنده ولا جابر - واحتمال كون مرجع الضمير المجرور بعلى فيه إلى المولى ، ولا ينافيه الذيل - مطلق يقيده صحيح أبي بصير ، ولو سلّم كون التعارض بينهما من وجه أيضاً كان الترجيح له بما عرفت سابقا فتأمّل جيّداً .

وكيف كان فقد ظهر لك أنّ دين العبد إذا كان بإذن مولاه كان لازماً ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو مات المولى كان الدين في تركته ، ولو كان له غرماء كان غريم العبد كأحدهم ﴾ كما دل عليه الموثق السابق ، بل في المسالك « إطلاق غرماء العبد بطريق المجاز لوقوع الاستدانة منه ، وإلاّ فالجميع غرماء المولى ، وإن كان لا يخلو من بحث، إلاّ أن الحكم لا إشكال فيه » .

وخبر[1] البدأة مع قصور سنده جداً مطرح أو محمول على ما ذكرناه ، وربما أوّل بتعميم دين السيّد لدين عبده ، والبدأة بالنّسبة إلى الإرث والوصايا ، وبالحمل على صورة الأذن في التجارة دون الاستدانة ، فيخص حينئذ دين السيّد بدين نفسه دون عبده ، ويجعل الأمر باداء دين العبد المفهوم بالابتداء بدين السيّد للاستحباب فلا منافاة ولا بأس به ، وإن كان ما ذكرناه سابقاً أولى والله أعلم .

﴿ وإذا أذن له في التجارة ، اقتصر على موضع الإذن . فلو أذن له بقدر معين ﴾ أو زمان أو مكان أو جنس كذلك ﴿ لم يزدد ﴾ عليه كما في كل محجور عليه ؛ وفي التذكرة نسبته إلى علمائنا . وما عن القاضي - من أنه « إذا أذن له يوماً فهو مأذون أبداً حتى

(١) الوسائل الباب ٥٥ من أبواب العتق الحديث -١-

يحجر عليه » ــ في غاية الضعف ، كقول أبي حنيفة بحصول الإذن من السيّد بمجرد عدم نهيه ، بل قال : «لو أذن له في القصارة أو الصبغ صار مأذوناً في كل تجارة » إذ لم نعرف له مستنداً في شيء من ذلك ، بل أصول المذهب تقضي بخلافه ، ضرورة عدم استفادة الإذن من السكوت فيما سكت عنه ولا في غيره ولو أطلق له التجارة اقتصر على ما يستفاد منها ، ولعله يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة نعم لا يدخل التزويج فيها قطعاً ، و لا الصّدقة ؛ بل في الدروس ولا إجارة نفسه ، و أمّا إجارة رقيقه ودوابه ففي دخولها نظر ، من عدم انصراف لفظ التجارة إليها ، ومن أن التاجر ربما فعلها ، واستقرب به في الدروس . و في القواعد « الأقرب أن له أن يؤجر أموال التجارة » وعن القاضي أنه يؤجر نفسه و يستأجر غيره و يزارع و يستأجر الأرض ، والمرجع في ذلك كله إلى العرف .

ولا يثبت كونه مأذوناً بقوله ، بل بالسّماع أو البيّنة ، وفي الدروس أو الشياع . وفي القواعد أنه الأقرب ، لكن قد يشكل ــ إذا كان المراد منه ما يفيد الظن المتاخم وأنه يحكم به على المولى ، إن أنكر ــ بعدم الدليل ، بل قيل : إنه لضعفه لا يثبت به الملك الذي بيد شخص ، فكيف يحكم به على المولى، نعم لا بأس بجواز الأقدام به على المعاملة ، و إن كانت الدعوى ـ لو أنكر السيّد ـ باقية ، بل في جامع المقاصد « لا يبعد الإكتفاء بخبر العدل ، إذ الأصل في خبر المسلم الصحة ، و قد تأكد بالعدالة بل لو أخبر من أثمر خبره أمكن القبول ، إذ ليس ذلك بأقلّ من خبر مدعي الوكالة عن الغير في بيع ماله ، وليس بأقل من خبر الصبي بالهديّة ، ولو أظفر بموافق على هذا لم اعدل عنه » قلت : بل مقتضى ما ذكره الأكتفاء بدعوى العبد التي لا معارض لها لكن لا يخفى عليك أن الاحتياط يقضي بخلاف ذلك ، وإن كانت السيّرة بما ذكره ، وفي التذكرة الأقرب عندي عدم قبول الشياع .

و كيف كان فيجوز أن يحجر عليه وان لم يشهد، و عن القاضي أنه « لابد من إشاعته في سوقه ، و علم الأكثر ، و لا يكفي علم الواحد ، بل للواحد السامع الحجر معاملته ، لعدم تمام الحجر » ولا ريب في بعده ، إنّما الكلام في الحجر عليه بذلك ،

أو إلى أن يبلغ كالوكيل ، ولو اختلف المولى و المعامل في تقدّم الحجر على المعاملة و تأخره عنها كان القول قول المعامل ، إذا كان صورة الدعوى أن الحجر قد وقع في غد، والمعامل أنكر ذلك ، ولتمام الكلام في ذلك محل آخر ، ولوقال : حجر عليّ السيّد لم يعامل . بل في الدروس و إن أنكر السيّد ، لأنه المتعاطي للعقد ، و احتمله في القواعد . وفيه نظر لأن الحجر فعل السيّد وحق له ، والشرط في صحة العقد إليه ، لا القصد إليه من حيث كونه صحيحاً ، ولذا جاز المتعة بالمرأة المخالفة و شراء الغائب ممّن لا يرى جوازه من العامة ، وغير ذلك ، ومن هنا قال في التذكرة : مذهبنا الجواز بعد أن حكى عن أحد وجهي الشافعية خلافه .

و يقبل إقرار المأذون في الدين مطلقا أو للتجارة إذا أقر به لها و إن كان لأبيه أو ابنه ، خلافاً لأبي حنيفة فلم يقبله لهما ، و ما في التذكرة « من أن المعتمد عدم قبول اقراره بديون المعاملة » يمكن أن يريد مع عدم الأذن ، و إلّا كان واضح الضعف نعم هو كذلك لو كان بغير المأذون فيه ، إذ هو كغير المأذون الذي لا يقبل اقراره على سيّده بمال أو قصاص أو غيرهما بل في القواعد هل يتعلق بذمته نظر ، و إن كان ضعيفاً لعموم جواز اقرار العقلاء ، فالأقوى تبعيته به بعد العتق ، كما أن الأقوى قبول إقراره بالجناية الموجبة قصاصاً أو مالاً لو صدّقه المولى ، بل ينبغي القطع به للعموم المزبور ، و مانعية السيّد قد ارتفعت بتصديقه .

ولو أذن السيّد لعبده في المعاملة بمقدار كذا و دفع إليه مالاً ليتّجر به فعاد وبيده أعراض يدعي أنه شراها في ذمّته ، و أنّ دينها باق ، و أنه قد تلف ما كان بيده ، و أنكر السيّد ذلك ، ففي جامع المقاصد ، أن قبوله مستبعد جداً و فيه أنه يمكن القبول بعد فرض الاذن بالشراء بالذمة .

ولو أذن له السّيد في التجارة بمقدار كذا ولم يدفع إليه شيئاً ، فعاد ، وبيده أعراض يدعي شراءها في ذمته و بقاء الثمن ، وأنكر السّيد فالأقوى قبول إقراره ، نظرا إلى كونه أميناً و إلى شهادة الحال ، و مقتضى الاذن ، ولتضرّر معامليه إن لم يقبل ، و احتمل في جامع المقاصد العدم لعدم حجّية شهادة الحال ، و الضرر يدفع

بالإشهاد ، قال:وليس إقرارالعبد بأولى من إقرار الوكيل . وفيه : منع عدمقبول إقرار الوكيل في مثل ذلك .

نعم لو اقر العبد المأذون بأن ما في يده ملك لفلان وديعة أوغصباً ونحوهما ، ففي القبول إشكال كما في جامع المقاصد أيضاً من أنه كالوكيل ، و من أنّ ما بيده لمولاه ، و لعل الثاني لايخلو من قوة ، ولو اشترى المأذون للتجارة ففي الدروس طولب بالثمن و إن علم البايع كونه مأذوناً بخلاف الوكيل ، فإنه عرضة للزوال بعزل نفسه وفيه بحث بناء على ما سمعته سابقاً من المسالك وغيره نعم لوطولب السّيد جازقطعاً.

﴿ ولوأذن له السّيد فيالإبتياع إنصرف إلى النقد ﴾ و إنكان الأمر بالكلي ليس أمراً بجزئي معيّن ، بل مقتضاه التخيير إلا أن النسيئة لما كانت أمراً زائدا على الإبتياع - إذهي إنما تكون بالشرط - لم يكن الإذن فيه إذنا بذلك ، كغيره من الشرائط بخلاف النقد ، فإنه ليس زائداً على طبيعه الإبتياع ، ولعلّ هذا أولى ممّا أجاب به الفاضل ، لما أورد عليه قطب الدين الرّازى بما سمعت من اقتضاء الأمر بالكلي التخيير ، منأنّ البيع أعم ، فلايدلّ على النسيئة بإحدى الدلالات الثلاث .

إذفيه أوّلا: أنه معارض بالنقد ، وثانياً: بأن عدم دلالته على النسيئةبالخصوص لاينافي التخيير المزبور ، كما في سائرألفاظ الكلي ، وثالثاً : ما أورد عليه القطبمن أنه لايلزم من نفي الدلالة نفي الإستلزام ، لجواز كون اللزوم غير بين ، أللهم إلاّ أن يريد ما ذكرناه سابقاً ، لكن المحكي عنه أنه عدل عن هذا الجواب إلى جواب آخر و هوأنه اختص النقد بواسطة قرائن خارجية عينية و هي الاضرار بالمولى في النسيئة بثبوت شيء في ذمته بخلاف النقد ، لجواز أن لايقدر المولى على غيرمادفعه إلى العبد من المال ، أولا غرض له فيه - وفيه منع الأضرار في ساير الاحوال وربما يكون له غرض و صلاح ، على أن محل البحث مع التجرد عن القرائن ، وإلاّ فهي لاينضبط ، و قديكون الإذن في الإبتياع من دون أن يدفع إليه شيء .

وبالجملة لامحيص عماذكرناه سابقاً الذي يؤيّده فيالجملة موثق الساباطي[1]

---

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث - ٢ - .

المروي في كتاب النكاح « عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى من آخر جارية بثمن مسمّى ، ثم افترقا ، قال : وجب البيع ، و ليس له أن يطأها وهي عند صاحبها حتّى يقبضها أو يعلم صاحبها ، والثمن إذا لم يكونا اشترطا فهو نقد » فتأمل ، والبحث في البيع كالبحث في الابتياع .

﴿ ولو أطلق له النسيئة كان الثمن في ذمة المولى لأنّه كالوكيل عنه ﴾ ﴿ و ﴾ لهذا ﴿ لو تلف الثمن ﴾ الذي دفعه إليه ﴿ لزم المولى عوضه ﴾ لأن تلفه بيد العبد كتلفه بيد السّيد ، وليس المراد الثمن المعين ، لأن تلفه يبطل البيع ، فلا يلزم المولى عوضه من غير فرق بين تلفه بتفريط و غيره هذا . و في المسالك « لو لم يكن السّيد أذن بالشراء في الذمة فاشترى بها ، ثم تلف الثمن الذي دفعه إليه لم يلزم السّيد بدله ، وحينئذ فإن تبرّع السّيد و دفع ثانياً صحّ العقد له ، لأن العبد حينئذ كالفضولي للسّيد ، والبيع وقع له ، فإذا دفع الثمن صحّ له ، وإلاّ فسخ البايع العقد » .

وقد يشكل بأنه إن أجاز المولى لم يكن للبايع الفسخ ، وإلا انفسخ البيع لنفسه وليس للبايع إبقاء العقد راضياً بكون الثمن في ذمة العبد يتبعه به بعد العتق ، إذ ليس للعبد ذمة يشغلها اختياراً بمعاوضة من دون إذن السيّد ، بل ومع إذنه لا لأنّ المعاملة سفهية ، إذ يمكن اقترانها بما يخرجها عن السفه بل لاقتضاء ذلك كون المبيع ملكاً للسيّد ، لأن العبد لا يملك على الأصح ، والثمن على العبد فيملك المثمن حينئذ من لا يملك عليه الثمن ، وذلك في المعاوضات غير جايز ، اللّهم إلاّ أن يدعى خروج الفرض عن هذه القاعدة ، باعتبار عرضية عدم ملك العبد ، وأن ذمة العبد للسيّد باعتبار تسلطه على الحجر عليها .

لكن ظاهر أصحابنا عدم ذلك من غير فرق بين العبد وغيره . نعم ستسمع ما في التذكرة في خصوص الضمان . ويمكن أن يكون ما سمعته من المسالك مأخوذاً ممّا في التذكرة ، قال : « لو أسلم إلى عبده ألفاً للتجارة ، فاشترى في الذمة على عزم صرف الألف في الثمن ، فالأقرب أنه لا يجب على المولى دفع البدل ، لأنه أذن بالمعاملة بما دفعه ، وهو ينصرف بالشراء بالعين .

لكن السيّد إن دفع ألفاً آخر مضى العقد ، وإلّافللبايع فسخ العقد ، وهو أحد الأقوال الشافعية ، والثاني : أنه ينفسخ العقد كمالو اشترى بألفين ، لأن المولى حصر إذنه في التصرف في ذلك الألف ، وقدفات محلّ الإذن ، فبطل البيع ، والثالث : أنه يجب على السيّد ألف آخر ، لأن العقد وقع له ، والثمن غير متعين ، فعليه الوفاء بإتمامه ولابأس به إنكان السيّد قدأطلق لهذلك ، بل هو المتعين حينئذ ، وإلا فالوجه ماقلناه » ولعل مرادهما بقرينة مقابلة وجوه الشافعية الفضولي لأن له الفسخ وعدمه مع فرض عدم إجازة السيّد والله اعلم .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿إذا أذن له في التجارة ، لم يكن ذلك إذناً لمملوك المأذون﴾ بناء على أنه يملك،أوأن المراد من هو في خدمته من عبيد السيّد مجازاً باعتبار صدق الإضافة بأدنى ملابسة ، وعلى التقديرين فليس الأذن له في التجارة إذناً له ﴿ لافتقار التصرف في مال الغير إلى صريح الإذن ﴾ أو كالصّريح ، وليس هذامنه لغة ولاشرعاً ولاعرفاً ، بل ليس للمأذون إستنابته كما انه ليس له استنابة غيره ، لأن الإذن في التجارة إنّما وقعت له ، وهي لاتقتضي إذناً في التوكيل الذي لايدخل تحت اسم التجارة فما عن أبي حنيفة ــ من أن للمأذون أن يأذن لعبده في التجارة ــ واضح الضعف .

نعم قدتقضي القرائن في بعض الأحوال أن المراد من الإذن في التجارة مايشمل الحاصل منها بالوكالة ، خصوصاً إذاكان الوكيل أحسن نظرا من المأذون ، وربما يؤدي نظر المأذون إلى الإعتماد على نظر بعض الأشخاص ، ومباشرة الشراء له كماهو واضح والله أعلم .

﴿ ولو أذن له في التجارة دون الاستدانة ﴾ ناصاً على ذلك أومقتصراً في الأذن على مايشملها ﴿ فاستدان وتلف المال ﴾ في يده ﴿ كان لازماً لذمة العبد ﴾ يتبع به بعدالعتق الذي هو حال التمكن من الأداء على المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً بل عن الخلاف الإجماع على ذلك ، لوجود سبب الضمان بالنسبة إليه دون سيّده ، فيبقى الباقي على أصالة براءة ذمته ، بل الظاهر الأجماع على عدم اشتغالها .

﴿ و ﴾ انكان قد ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في النهاية أنه ﴿ يستسعى ﴾ العبد

﴿ فيه معجّلا ﴾ للغرور بالاذن بالتجارة الذي من الواضح منعه بحيث يستلزم الرجوع ولصحيح أبي بصير [1] المتقدّم آنفاً المحمول ـ كما في الرّياض ـ على علم المولى باستدانته مع عدم منعه عنه ، الظاهر في حصول الاذن منه له بالفحوى ولا كلام فيه ، أو على الاستسعاء برضا المولى كما أفصح عنه خبر روح بن عبدالرحيم [2] عن الصادق عليه السلام «في رجل مملوك استتجره مولاه فاستهلك مالا كثيراً ، فقال : ليس على مولاه شيء ، و لكنه على العبد ، و ليس لهم أن يبيعوه ، ولكن يستسعى ، وإن حجر عليه مولاه فليس على مولاه شيء ولا على العبد » ونحوه خبر أبي بصير [3] لكن سؤاله «رجل استأجر مملوكا »وفي ذيله « وإن عجز عنه فليس على مولاه شيء ولا على العبد شيء » بدل قوله في هذا الخبر « وإن حجر عليه » إلى آخره ، بل في الوافي أنه يشبه أن يكون الخبران واحدا وقع في أحدهما تصحيف ، والأمر سهل ، أو على تقييد الاستسعاء بعد العتق و إن كان قد يخدش الأول : بأنه مناف لاطلاق الصحيح المزبور أولا ، وبأنه لادليل غير الصحيح على أن حكم إذن الفحوى ذلك واستفادته منه بعد عدم الشاهد وعدم ظهوره فيه كما ترى ، وموثق وهب [4] عن أبي جعفر عليه السلام «سألته عن مملوك يشتري ويبيع قد علم بذلك مولاه حتى صار عليه مثل ثمنه ، قال : يستسعى فيما عليه » إنّما هو فيما كان في أصل التجارة ولعلّه لا يقول به الخصم ، فالمتجه حينئذ إلحاقها أي الفحوى بالاذن الفعلية ، أو العدم ، بل الظاهر الالحاق فيما فرضه منها من علم المولى وعدم المنع ، ضرورة كونه رضا فعلياً بعد تسليم أنه فحوى ، فلم يفقد إلا التصريح المعلوم عدم دوران الحكم مداره ، والثالث : بأنه لايجب الاستسعاء بعد العتق ، إذ هو حينئذ كغيره من أفراد المعسر الذي ينتظر إيساره ، والثاني : بامكان كون المراد من قوله وإن حجر إلى آخره أنه لاشيء لهم عليه ولا على مولاه إن كان قد أدانوه مع تحجير مولاه عليه ، اللّهم إلاّ أن يدعى أن الظاهر الأول ، ولا ينافيه الاحتمال وفيه منع بل

---

(١)(٢)(٤) الوسائل الباب ـ ٣١ ـ من ابواب الدين ـ الحديث ـ ١ ـ ٤ ـ ٦ ـ

(٣) الوسائل الباب ـ ١١ ـ من ابواب أحكام الاجارة الحديث ـ ٣ ـ

لعلّ الظاهر ما ذكرناه وإن جزم بالأوّل في الحدائق، و قيّد الصحيح المزبور به حينئذ.

لكن في المسالك حمل الصحيح المذكور على الإستدانة للتجارة ، قال : « و يشكل بأن ذلك يلزم المولى من سعي العبد وغيره ، والأقوى أنّ استدانته لضرورة التجارة إنما يلزم ممّا في يده ، فإن قصر استسعى في الثاني ، ولا يلزم المولى من غير ما في يده ، وعليه تحمل الرّواية .

وفيه أولا : أن الرواية لا تقبل ذلك بعد تعليق السّعي فيها على عدم الإذن ، و ثانياً : أنه لا دليل على تقييد ضمان المولى بما في يد العبد مع فرض الإذن ، بل ظاهر الأدلة خلافه ، خصوصاً موثق زرارة[1] منها ، فلا ريب في أن المتجه مع الإذن ضمان السيّد مطلقاً . ولعلّ الأولى من ذلك كله حمل خصوص الاستسعاء على المأذون إذناً لا يراد منها إلا رفع الحجر عنه والإثم عليه ، لأنّ المراد منها الإذن التي تشبه الوكالة فتأمّل جيّداً .

ثم إنّ ظاهر إطلاق المشهور عدم الفرق بين علم المدين بحاله و عدمه ، خلافاً لابن حمزة فيتبع به بعد العتق في الأوّل، ويستسعى في الثاني ، قال في الوسيلة : المملوك اذا استدان لم يخل من ثلاثة أوجه : مأذون في الاستدانة ، أو في التجارة دون الاستدانة أو غير مأذون ، فالأوّل : حكم دينه حكم دين مولاه ، والثاني ضربان : فإن علم المدين أنه غير مأذون فيها بقي في ذمته إلى أن يعتق ، فإن لم يعلم استسعى فيه إذا تلف المال ، و الثالث : يكون المال ضايعاً إلا إذا بقي المال في يده ، أو كان قد دفع إلى سيّده .

وهو ـ مع غرابته بالفرق بين الثالث والأوّل من الثاني ـ واضح الضعف ، إذ لا دليل له في الثاني الّذي هو محلّ الخلاف بينه وبين المشهور إلاّ ما سمعته دليلاً للنهاية الّذي قد عرفت قصوره عن إفادة ذلك ، ولو أنه قال في الأوّل بالضياع كالثالث لكان لهوجه ، باعتبار أن المالك هو الذي قد أقدم على إتلاف ماله ، وإن كان قد يدفعه منع ذلك بعد فرض أنّ العبد له ذمّة يتبع بها بعد العتق ، فأدلّة الضمان بحالها .

---

(١) الوسائل الباب ٣١ـ من ابواب الدين الحديث ـ ٥

نعم لومات العبد قبل العتق إتجه الضياع ، مع أن الظاهر بقاء حكم المديونيّة عليه ، فللتبرع بالوفاء عنه وللاحتساب من الزكاة أو غيرها من الحقوق وجه فتأمل جيّداً . و أمامايحكى عن أبي الصّلاح من التفصيل بين المأذون في الاستدانة وعدمه ، فالأوّل على المولى والثاني يتبع به بعد العتق من غير تعرض للتجارة فمرجعه إلى المشهور ، كماهوواضح ، وكذاما في المختلف ، والقواعد ، وجامع المقاصد من أنه إن استدان لضرورة التجارة كان على المولى ، وإلا يتبع به بعد العتق ، ضرورة كون المنشأ في ذلك حصول الإذن في الأول ولولان الإذن في الشيء إذن في لوازمه وعدمه في الثاني ، ومراد المصنف ـ وغيره ممن أطلق التبعية به بعد العتق ـ الاستدانة فيما لاإذن للمولى فيه ، كغير الضروري للتجارة ، أوالأعم منهما ، بناء على أن وجوده ضروري للتجارة لا الاستدانة له .

و على كل حال فهو نزاع في موضوع خاص ، لا أصل المسألة ، فإن الجميع متفقون على أن استدانة المأذون في التجارة على المولى إنكان قدأذن له فيها ، وإلا فعلى العبد يتبع بها بعد العتق .

نعم ماسمعته من المسالك ظاهر في مخالفة إطلاق المتن وغيره ، بل لم أجد له موافقاً عداما في الدروس في الجملة ، فإنه قال تارة : « و لو اجتمع إذن السيد و رضا المستحق فإنكان نكاحاً فسيأتي انشاء الله ، وإنكان غيره ، فإنكان بيده مال التجارة تعلق بها ، لأن موجب الإذن في الالتزام الرّضا بالأداء . وأقرب ذلك ما في يده ، وهل يتعلق بكسبه من إحتطاب و إحتشاش وإلتقاط ، اشكال ، لعدم تناول الإذن في التجارة إيّاه ، وأنه بالإذن صار الجزء المؤدى من كسبه» وأخرى «ولوركبه أي المأذون الدّيون ، لم يزل ملك السيّد عمّا في يده فيصرف في الديون ، فإن فضل عنه شيء استسعى على قول الشيخ في النهاية . لصحيحة أبي بصير [١] وفي المبسوط يتبع به إذا تحرر ، وفي رواية عجلان [٢] إن باعه السيّد فعليه ، وإن اعتقه فعلى المأذون ،

(١) الوسائل الباب ـ ٣١ من ابواب الدين الحديث ـ ١

(٢) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب العتق الحديث ـ ١

وقال الفاضل . يلزم المولى » .

وهي كما ترى فيها إضطراب من وجوه ، والتحقيق ما أومأنا إليه ، من حمل نصوص الإستسعاء على ماسمعت ، ومادلّ على التزام المولى على ما عرفت ، وربما كان في خبرى [١] طريف ايماء في الجملة إلى ماذكرنا ، ضرورة أنّ وجه التزام المولى لو باعه أي المأذون إذناً يرادمنهارفع الحجر الحيلولة بين أرباب الدّين وبينه، بخلاف مالو اعتقه فتأمّل جيّداً . والله أعلم .

﴿و﴾ من ذلك ظهر لك الحال فيما ﴿لولم يأذن له في التجارة ولا الاستدانة و﴾ الحال أنه ﴿ استدان فتلف المال ﴾ في يده ، إذ لاإشكال في كونه إذا ﴿ كان كذلك ﴿لازماً لذمته يتبع به ﴾ لعموم أدلة الضمان ﴿ دون المولى ﴾ للأصل و غيره بل ولاخلاف فيه، وإن قال الشيخ : «انه يذهب ضياعاً» لكن فسّره في السرائر بمافي المتن .

نعم ربّما يظهر غيرذاك من الضياع في عبارة الوسيلة السابقة ، مع أنه يمكن حمله عليه ، فيرتفع الخلاف حينئذ ، وعلى تقديره فهو في غاية الضعف لمنافاته أدلة الضمان السالمة عن المعارض هذا .

ولكن في الرّياض « أنه لوبادر إلى الاستدانة من دون إذن بالمرة ، لزم في ذمته ويتبع به إذا أعتق ، ولايلزم المولى شيء بلاخلاف . للأصل وصحيح أبي بصير و موثق وهب[٢] » ثم قال بعد نقلهما : « إن ظاهرهما أنه يتبع به حال الرق بالاستسعاء ، وبه أفتى ظاهراً بعض الأصحاب ، ويشكل برجوعه إلى ضمان المولى في الجملة ، فإن كسبه له بالضرورة » .

ويمكن دفعه بجواز التزامه في صورة علم المولى باستدانته مع عدم منعه عنها الراجع إلى الأذن بالفحوى ، كما هو ظاهر الموثقة والصحيحة ، وإنكانت الإضافة إلى إذن الفحوى مطلقة أو عامة إلاّ أنّها محتمله للتقييد بالصورة المزبورة جمعاً بين الأدلة ، ويفرق حينئذ بين الأذن الصّريح والفحوى ، باستلزام الأوّل الضمان على السيد مطلقامع عجز المملوك عن السّعي أصلاً وعدمه،واختصاص الضمان عليه بصورة

---

(١)(٢) الوسائل الباب ٣١ من ابواب الدين الحديث ٢-٣-٦ .

قدرة العبد على السعي وعدمه مطلقاً مع العجز ، على الثاني ، هذا .

وفي الصحيح [1] « في الرّجل يستأجر مملوكاً فيستهلك مالاً كثيراً ؟ فقال : ليس على مولاه وليس لهم أن يبيعوه ، ولكن يستسعى وإن عجز عنه فليس على مولاه شيء ولا على العبد شيء » ونحوه الخبر [2] ، لكن تبديل عجزه عنه ـ ، حجر عليه مولاه وعليه يمكن حمل الخبرين الآمرين بالسعي على صورة رضا السيّد ، وإلا فيتبع به بعد العتق ، وهو غير بعيد لو لم يكن في السّند قصور . وفي المتن تصحيف ، هذا وربّما يحمل الاستسعاء على ما بعد العتق ، فيندفع الأشكال ، ولكن يلزم آخر ، وهو : عدم استسعاء الحرّ فيما عليه ، إلاّ أن يكون هذا مستثنى ، لكنه فرع ظهور الخبرين في الحمل ، وهو محلّ نظر ، بل لعلّهما في الاحتمال الأوّل ظاهران كما لا يخفى .

قلت : إذا أحطت خبراً بجميع ماذكرنا تعرف أن كلامه محلّ للنظر من وجوه منها ـ ماقد عرفت من أنه لا إشكال نصاً و لافتوى في أن غير المأذون في التجارة و الاستدانة دينه عليه ، يتبع به بعد العتق ،وموضوع خبر أبي بصير ، المأذون في التجارة دون الاستدانة الذي قد عرفت البحث فيه . نعم ماذكره من الوجه في توجيه النصوص جيّد إن كان يرجع إلى ما ذكرناه سابقاً ، وإلاّ فهو محلّ للنظر أيضاً ، و بالجملة كلامه في غاية التشويش ، وكان المسألة غير محرّرة عنده ، ولاغرو بعد ما سمعت من كلام غيره كالشهيد في الدروس وغيره . والله أعلم .

﴿فرعان﴾

قد تقدم حكم ﴿الأوّل﴾ منهما : وهو ما ﴿ إذا اقترض﴾ العبد ﴿ أو اشترى بغير إذن﴾ سيّده أو إجازته ﴿ كان باطلا و﴾ حينئذ ف ﴿تستعاد العين﴾ مع بقائها ان شاء المالك ، ضرورة أن له إباحتها له ، مضمونة عليه ، إذ ليس هو كالطفل لا تصح الأباحة له بعوض ، وأنه متى سلّطه المالك لم يكن لضمان عليه ، والسّفه بالرّضا

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب احكام الاجارة الحديث ـ٣

(٢) الوسائل الباب ٣١ من ابواب الدين الحديث ـ٤

بالضمان - الذي قد يذهب المال معه ضياعاً - يمكن فرض ارتفاعه ، ودعوى - امتناع كل معاملة مع العبد وإن لم تفد تمليكاً - لادليل عليها ، إلا نفي القدرة في الاية [١] المستفاد منه الحجر مطلقا من غير فرق بين ذمته وغيرها ، وفيه بحث قد تقدم سابقاً ، وقد صرّح في ضمان التذكرة ، بصحة ضمان العبد من دون إذن سيّده لكونه تصرفاً في ذمته ولا ضرر فيه على السيّد .

وعلى كل حال ﴿ فإن تلفت ﴾ العين في يد العبد ﴿ يتبع بها إذا أعتق وأيسر ﴾ ولا يلزم المولى شيء بلا خلاف ، إلا إذا كان العبد مأذوناً بالتجارة ، ففيه البحث السابق و كأن المصنف أعاد هذا الفرع مع ذكره سابقاً للنص على بطلان الشراء والقرض ، خلافاً لبعض الشافعية ، فصححه مع القول بأن العبد لا يملك ، لأنه تصرف في ذمته على وجه لايضرّ السيّد ، فالعين المشتراة حينئذ ملك للسيّد ، وكذا المقترضة مع قبضها وإن كان العوض في ذمة العبد ، إلا أن المحكي عنه جواز رجوع البايع والمقرض بالعين ، لإعسار العبد .

وفيه : أنه لا يتم مع العلم بحاله ، و قبض السيّد للعين المقترضة فأراد المصنف التنبيه على فساد قوله بالتصريح ببطلان الشراء والقرض ، للحجر عليه ، ولعدم أهلية العبد للملك ، وأنه لامعنى لملك المولى بغير عوض أصلاً كما أنه لامعنى له بعوض في ذمته مع عدم رضاه ، بل ولامعنى له والعوض في ذمة العبد ، لامتناع حصول ملك المعاوضة لمن لم يكن العوض منه ، وإن كانت المقدمة الأخيرة لاتخلو من بحث ، كما أن دعوى الحجر عليه حتى بالنسبة إلى ذلك كذلك . والله أعلم .

الفرع ﴿ الثاني : إذا اقترض مالاً فأخذه المولى فتلف في يده ، كان المقرض بالخيار بين مطالبة المولى ، وبين اتباع المملوك إذا أعتق وأيسر ﴾ لثبوت يد كل منهما على المال بغير حق ، فإن رجع على المولى قبل أن يعتق العبد ، لم يرجع المولى على العبد بشيء وإن كان غاراله كما قيل ، بل ظاهرهم أنه مفروغ منه ، من عدم تعلق ضمان العبد لمولاه ، وثبوت المال له على ماله ، ولادليل على تجدده بعد العتق .

(١) سورة النحل الاية - ٧٥ -

ثم لوكان الرّجوع عليه بعد عتق العبد ، والفرض أنه كان مغروراً له ، إتجه رجوعه عليه للغرور ، كما أنه لو رجع على العبد بعد عتقه ، إتجه له الرجوع على سيّده إذالم يكن قدغرّه ، لأستقرار التلف في يده .

وإشكال الأخير بأن الرجوع و إنكان حال الحريّة إلاّ أن ابتداء الثبوت في ذمة السيد بالتلف في حال الرقية التي لم يكن العبد يستحق معها كاشكال سابقه بأن رجوع السيّد على العبد وانكان في حال حرّيته ، إلّا أنّ ابتداء الثبوت في حال الرقية التي لايتصور ملك السيد لهاعلى مملوكه .

ـ يدفعهمامعاً منع الثبوت قبل الرجوع ، وانكان لتمام تحقيق ذلك ـ و تحقيق الضمان في الأيدى المتعاقبة على معنى مشغول الذمة بحيث يكون ديناً عليه هل هو من كان القرار عليه ، وغيره انّما يستحق الرجوع عليه، لأنه مشغول الذمة ، أوأن الجميع قداشتغلت ذممهم وان برأت بدفع البعض ، أوأنّ الخيار بيد صاحب المال ، أو غير ذلك ـ محل آخر والله أعلم .

﴿خاتمة﴾

لاخلاف في وجوب ﴿أجرة الكيّال و وزّان المتاع﴾ والعدّاد و الذّراع مع توقف التسليم عليها ﴿على البايع﴾ سواء كان المبيع كلياً في الذمة أو جزئياً معلوماً من صبرة مشتملة عليه، أو غير ذلك ، ﴿و﴾ في وجوب ﴿أجرة ناقدالثمن ووزّانه﴾ وكيّاله وعدّاده ﴿على المبتاع﴾ للمقدمة ، لكن قديستشكل في النقد ، بعدم وجوبه اعتماداً على أصالة الصحة ، ويدفع بانه يجوز القبض لها لأنه يجب ذلك ، للأصل ، و لأن الواجب تسليم الصحيح ، و لانه قد يمتنع على القابض اثباته أن المعيب من المقبوض .

﴿ و ﴾ كذالاخلاف في وجوب ﴿ أجرة بايع الأمتعة ﴾ الناصب نفسه لذلك ﴿على البايع﴾ مع أمره له ، بل إذنه فيه ، وعدم قصد التبرع من العامل ، لاحترام عمل المسلم الموجب لذلك شرعاً ، و ان لم يكن قد استحضر الآمر العوض بل ولا

المأمور ، بل مقتضى ذلك وان لم يكن ناصباً نفسه لذلك مع كون العمل مما له أجرة في العادة، ﴿و﴾ كذا الحال في أجرة ﴿مشتريها﴾ أي الأمتعة فانّها ﴿على المشتري﴾ مع أمره أو اذنه على نحو ما تقدم في البايع واطلاق المقنعة والوسيلة كون أجرة الدلال على المبتاع والمنادي على البايع منزّل على ماذكرنا قطعاً .

﴿ولو تبرع﴾ الدلال﴾ أو غيره بأن فعل لا بقصد الأجرة ﴿لم يستحق اجرة﴾ قطعاً للأصل ﴿ ولو أجاز المالك﴾ بيعه، نعم قد يتّجه استحقاق الأجرة اذا كان قد فعل بقصدها فضولاً عن المالك وقد أجازه ، اذ هو كغيره من أفراد الفضولي الذي تؤثر فيه الاجازة اللاحقة . بل قد يحتمل تأثير الاجازة في الفعل الذي لم يقصد به التبرع ، بناء على جريانها في العقود والأفعال . لكن على كل حال لا تلازم مع هذا القصد اجازة نفس البيع واجازة الجعل ، فله الاقتصار على الأول دون الثاني .

﴿و﴾ قد ظهر من ذلك كله أنه ﴿اذا باع﴾ الدلال أمتعة شخص على حسب ما قدمنا ﴿ واشترى ﴾ أمتعة أخرى لآخر ﴿ فأجرة ما بيع على الآمر بالبيع و أجرة الشراء على الآمر بالشراء ﴾ اذ لا مانع من تعدّد الدلالتين بالجعل في السلعتين ﴿ و ﴾ ان كان الدلال واحداً . نعم ﴿ لا يتولاهما الواحد ﴾ في السلعة الواحدة ، بأن يكون سمسيراً[1] لبايعها ، وسمسيراً لمشتريها ، لاقتضاء سمسرة كل منهما مراعاة مصلحته المنافية لمصلحة الآخر، ضرورة ابتناء البيع على المغالبة والمماكسة، فمصلحة كل منهما بغير الأخرى ، فلا يكون اجتماعهما حتى يصح أخذ الجعل للواحد عليهما .

وربّما أشكل ذلك بامكان كون السّعر منضبطاً في العادة على وجه لا يزيد ولا ينقص ، فيكون المراد من الدلالة للبايع مثلاً وجود المشتري ، ومن الشراء وجود البايع ، أو أنهما اتفقا على سعر مخصوص ، فيكون المراد ايقاع العقد .

و قد يدفع ــ مع أن ذلك خلاف الغالب ، بل يمكن منع السمسرة فيه ، بل

(١) السمسار : المتوسط بين البائع و الشارى و الساعى للواحد منهما فى استجلاب الاخر ، وهو غير الدلال ، معرب ــ سيبسار ــ بالفارسيه (اقرب الموارد)

يمكن القطع بعدمها في الثاني ـ أنه ينبغي أن يعلم أنه لاتأمّل في جواز أخذ الأجرتين على الإيجاب و القبول، بناء على صحة الأستيجار على مثله، خلافا للمحكي عن عميدالدين، فمنع الاجارة عليه لعدم كونه ممّا يستأجر عليه عادة، و ضعفه واضح.

فليس المراد حينئذ بعدم توليتهما الواحد أنه لايجوز اخذ الجعلين لواحد على الأيجاب من البايع وعلى القبول من المشتري.

ودعوى ـ أن ذلك عمل واحد فهي اجارة واحدة موزعة عليها ـ يدفعها أن ذلك تغيير لفظي، لا يليق حمل عبارات أعيان الاصحاب عليه، مع أنه يمكن منع كونه اجارة واحدة، بل هما عملان مستقلان قد يختلفان في الجعل، و قد يتفقان، و قد يجعل لاحدهما دون الآخر، بل المراد أنه لايتولى الجعل على البيع وعلى الشراء، الواحد، ضرورة اقتضاء الجعل على البيع كونه جعلا على الأثر الحاصل من تمام الأيجاب والقبول، وهو متحد بالنسبة الى البايع والمشتري، فتحصيل قبول المشترى مستحق على الدلال بالجعل على البيع، فليس له أن يأخذ جعلاً منه عليه، وكذلك العكس، بل هو كما لو جعل له جعلا على بيعه من زيد الذي من الواضح عدم جواز أخذ جعل من زيد على شرائه له، والفرق بينه وبين مايمكن فيه بالخصوصية وعدمها غير مجد، بعد اشتراك علّة المنع.

فمن هنا قال الأصحاب: لايتولاهما الواحد، أي لايتولى الواحد الجعل على تمام البيع من البايع والمشتري، ولكن لا بأس بتولي الأثنين ذلك، على أن يأخذ كل منهما الجعل من كل منهما على تمام البيع، فيكون فعل كل منهما مقدمة لتحصيل الأثر للآخر الذي يستحق به الجعل على من جعل له فتأمّل جيداً. فانه دقيق نافع في عموم المنع لأفراد المسألة مضافاً إلى ما يشعر به مرسل ابن ابي عمير[1] عن بعض أصحابنا «قال: اشتريت لأبي عبدالله عليه السلام جارية فناولني أربعة دنانير فأبيت قال: امّا لتأخذنها فأخذتها، فقال: لا تأخذ من البايع».

---

(١) الوسائل الباب ١٨ ـ من ابواب احكام العقود الحديث ـ ١ ـ باختلاف يسير.

ولو فرض أن كلاً من البايع والمشتري قد جعلا له جعلا فإن كان المراد الأيجاب والقبول لم يكن اشكال في جواز أخذ الجعلين منهما تقارن أمرهما أو تلاحق ، و إن كان المراد الجعل على تمام البيع فليس له الرّجوع إلاّ على من قصد العمل له ، والرّجوع عليه ، كما يؤمى إليه ما في التحرير وليس له أن يأخذ عن سلعة واحدة أجرتين من البايع والمشتري ، بل يأخذ ممّن يكون عاقداً له و وكيلا فتأمّل .

ومع فرض قصدهما معاً احتمل سقوط الأجرة من رأس ، و توزيعها عليهما و تقديم السابق . وقد يحتمل استحقاقهما معاً إذا كان المقصود الجعل من كل منهما على تمام العمل ، على معنى أنه لم يرض بايقاع العمل إلاّ بالجعلين ، فهو كالجعالة الواحدة من شخصين على عمل واحد ، ولا ينافي ذلك ماقلناه سابقاً المبنيّ على فرض رضاه بكل من الجعالتين على تمام العمل من دون علم الآخر ، لأنها جعالة واحدة منهما معاً على العمل ، فتأمّل جيّداً .

و قد ظهر من ذلك النظر في جملة من عبارات الأصحاب ، ففي التنقيح « في بعض نسخ الكتاب : أي النافع « ولايجمع بينهما الواحد : أي لايجمع بين الشراء والبيع الشخص الواحد ، فيكون موجباً قابلاً ، والمشهور - لواحد - بغير ألف ، وله حينئذ تفسيران ، أحدهما : أنه لايجمع بين الأجرتين الشخص الواحد ، بمعنى أنه لايأخذ أجرة البيع من الإذن فيه كلها ، ولا أجرة الشراء من الإذن فيه كلها ، بل يأخذ من كل واحد أجرة ما فعل له ، فيأخذ أجرة الإيجاب من الإذن في البيع ، و أجرة القبول من الإذن في الشراء ، وثانيهما : إذا أمراه بالبيع والابتياع ، فالأجرة على السابق ، وإن اقترنا وكان الغرض تولية طرفي العقد ، فالأجرة عليهما ، وكذا إن تلاحقا و كان الغرض مجرّد العقد ، و إن لم يكن الغرض مجرّد العقد بل السّمسرة لكل منهما ، فللواسطة أجرتان على قدر العملين » .

و فيه نظر من وجوه ، وإن كان قد أخذ كثيراً من ذلك من الدروس ، فإنه قال: « و أجرة الدلاّل على آمره ، ولو امراه فالسابق ، فإن اقترنا و كان الغرض تولية طرفي العقد فعليهما ، وكذا لو تلاحقا وكان مرادهما مجرّد العقد ، ولو منعنا من تولية

الطرفين امتنع أخذ أجرتين ، وعليه يحمل كلام الاصحاب أنه لايجمع بينهما الواحد».

لكنه كماترى خصوصاً و قد عبّر بذلك من يرى جواز تولي الطرفين . على أن الكلام في الدلال الذي هو السمسير لامجرّد متولي العقد ، والأصل في تعرض متأخرى الأصحاب لذلك ما في المقنعة والنهاية ، « ومن نصب نفسه لبيع الأمتعة كان له أجرة البيع على البايع ، دون المبتاع ، و من نصب نفسه للشراء كان أجر ذلك على المبتاع فإن كان وسيطاً يبتاع للناس ويبيع لهم ،كان له أجرة على ما يبيع من جهة البايع ، و أجرة على مايشتري من جهة المبتاع » .

وفي السرائر « ليس قصد شيخنا في ذلك أن يكون في عقد واحد بايعاً مشترياً، بل يكون تارة يبيع ، وتارة يشتري في عقدين ، لأن العقد لايكون إلاّ بين اثنين» . و في المختلف بعد أن حكى ذلك عنه قال : « ليس بجيد ، لأنا نجوّز كون الشخص الواحد وكيلا للمتعاقدين ، كالأب يبيع على ولده من ولده الاخر وحينئذ يستحق أجرة البيع على ما أمره وأجرة الشراء على ما أمره ، و قوله : العقد لايكون إلاّ بين اثنين ، قلنا : مسلّم : و هو هنا كذلك لتعدد المسبّب كالأب العاقد عن ولديه » .

قلت : لاريب في أنّ مراد الشيخ ما ذكره ابن ادريس ، كقوله في الوسيلة : و من نصب نفسه للأمرين ، فأجرته على من عمل له ، و إن لم يكن لما ذكره من العلّة السابقة ، بناء على أنّ مراده منها مافهمه منها في المختلف ، كما أنّه لاريب في ضعف ما في المختلف ، بناء على إرادته استحقاق الأجرتين في الفرض الذي قد أوضحنامنعه سابقاً ، و يمكن إرادته الأجرة على الأيجاب ، والأجرة على القبول ولابحث فيها .

لكن في الرياض قد حكى عنه صريحاً والمحكي عن المحقّق الثاني ، وظاهر النهاية القول باستحقاق الأجرتين على تمام البيع ، نظراً إلى أن الامر بالعمل اقدام منه على التزام تمام الأجر بحصول المأمور به ، و رضائه بذلك ، ولامدخل لاتحاد العمل ، و كأنه مال إليه فقال : ولعلّه غير بعيد سيّما مع كون متعلق الأمرين طرفي الايجاب والقبول ، و جهل أحدهما بأمر الآخر .

و فيه ما عرفته سابقاً ، بل ليس في جامع المقاصد ما أرسله عنه ، بل ظاهره

أوصريحه ما قلناه ، كما أنك قدعرفت كون مراد النهاية ذلك أيضاً ، بل هو محتمل المختلف إلى غير ذلك من كلماتهم التي يعرف ما فيها من الاحاطة بما ذكرنا والله أعلم.

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ إذا هلك المتاع في يد الدلال ﴾ من غير تفريط ﴿ لم يضمنه ﴾ بلاخلاف ﴿ و ﴾ لاإشكال لأ نه أمين نعم ﴿ لوفرّط ضمن و ﴾ لكن ﴿لو اختلفا في التفريط ﴾ و عدمه ﴿ كان القول قول الدلاّل مع يمينه ﴾ كما في كل أمين ﴿ ما لم يكن بالتفريط بيّنة ﴾ فتقدم حينئذ على قوله كما هو واضح ﴿وكذا لوثبت التفريط واختلفا في القيمة ﴾ كان القول قوله أيضاً لاصالة براءة ذمته من الزائد ما لم يكن بيّنة ، فتقدم على قوله .

وبالجملة حكمه حكم غيره من الأمناء وغيرهم ، لكن في المقنعة والنهاية أنه إن قال له المالك : بعه نسيئة بدراهم مسماة فباعه نقداً بدون ذلك كان مخيراً بين أن يفسخ البيع ، و بين أن يمضيه ، و يطالب الواسطة بتمام المال ؛ و فيه : أنه ليس له سبيل على الواسطة بالتمام بعد الاجازة ، اللّهم إلاّ أن يريدا به تمام ما باعه به و كان الواسطة قابضاً وقد أجاز البيع والقبض ؛ وفيهما أيضاً أنه إن قال: بع هذا المتاع ولم يسمّ له ثمناً ، فباعه بفضل من قيمته ، كان البيع ماضياً ، و إن باعه بأقل من قيمته كان ضامناً لتمام العقد حتى يسلمها إلى صاحب المتاع على الكمال ، و هو كما ترى .

و لذا نسبه في التحرير إلى الرّداءة و يمكن تأويلها إلى الضوابط ، و فيهما أيضاً « أنه إن اختلف الواسطة و صاحب المتاع في القول بالبيع بكذا ، كان القول قول صاحب المتاع بيمينه ، وله أن يأخذ المتاع إن وجده بعينه ، فإن كان قد أحدث فيه ما ينقصه أو يستهلكه ضمن الواسطة من الثمن ما حلف عليه صاحب المتاع » و فيه : أنه لاوجه لضمان الواسطة ذلك ، لما عرفت إلى غير ذلك ممّا في المقنعة والنهاية ممّا لايوافق الضوابط ، و كذا الوسيلة فلاحظ و تأمّل . والله أعلم بحقيقة الحال .

﴿كتاب الرهن﴾

الذي هو مصدر رهن أو إسم للشيء المرهون الذى يجمع على رهان . كسهم وسهام ، وربما قيل : ورهُن لكن عن الأخفش أنه قبيح ، لعدم جمع فعل على فعل إلاّ قليلاً : كسقف و سقف ، بل هو جمع الجمع .

﴿و﴾ على كل حال فتمام ﴿النظر فيه يستدعي فصولاً﴾

ألاوّل : ﴿في الرهن وهو﴾ لغة الثبات والدوام و في المسالك « و عن المصباح المنير : أو الحبس بأي سبب كان ، قال الله تعالى [1] «كل نفس بماكسبت رهينة » وأخذ الرّهن الشرعي من هذا المعنى أنسب إن افتقر إلى المناسبة » قلت : ليس له معنى شرعي جديد يحمل عليه لفظه في الكتاب والسّنة كما حرّر في محلّه ، وإن طفحت عباراتهم بأنه شرعاً ﴿وثيقة لدين المرتهن﴾ لكن لا يريدون بذلك أنه حقيقة شرعية بل المراد حقيقة عند المتشرعة .

ولذا نسبه في المحكي عن مجمع البحرين إلى عرف الفقهاء ، وتسامحوا في تعريفه ، المقصود منه مجرّد التصوير والتمييز ولو بذكر الشرائط فيه ، فلا يناسب الأيراد عليه بلزوم الدور فيه ، بذكر المرتهن فيه الذي يمكن تغييره بصاحب الدين أومن له الوثيقة ، وبأنه غير شامل للرهن على الدّرك والأعيان المضمونة مماليس ديناً الذي تسمع البحث في صحة الرهن عليهما و عدمه ، و بنحو ذلك .

بل نوقش في لفظه بعدم المطابقة فيه بين المبتدا الذي هو لفظ مذكر ، والخبر الذي هو لفظ الوثيقة المؤنث ، مع أنه قد يدفع بأن لفظ الوثيقة يستوى فيه التذكير والتأنيث في الأستعمال ، كما صرّح به بعضهم ، فخرجت التاء عن التأنيث ، بل قيل: إن التاء فيها للنقل من الوصفية إلى الأسمية .

و على كل حال فلا ينبغى الالتفات إلى هذه المناقشات بعد أن كان الرهن باقياً

---

(١) سورة المدثر الاية ـ ٣٨ ـ

على معناه اللغوي ، و إنّما اعتبر الشارع فيه شرايط للصحيح منه ، فهو حينئذ هنا حبس العين باللفظ المخصوص ، أو الا نحباس ، أو اللفظ الدّال على ذلك على حسب ما سمعته في البيع ، لانفس الوثيقة التي هي معنى إسمي له ، خارج عما نحن فيه من البحث عن العقود ، فلابد من حمل عبارة المصنف على إرادة جنس الوثيقة ، أو نحوذلك مـّما ينطبق على العقود .

والمراد كما ستعرف فيما يأتي من الوثيقة للدين ما يستوفى منها ، لا أن المراد يستوفى بسبب حبسها ، و إن لم يصلح الاستيفاء منها ، كأم الولد ، والعين الموقوفة و نحوهما ، ﴿ و ﴾ لا إشكال في ثبوته : أي الرّهن في الجملة ، بل الأجماع بقسميه عليه ، بل لعلّه من ضروريات المذهب او الدين .

كما لاريب في أنه ﴿ يفتقر ﴾ عقده ﴿ إلى الايجاب والقبول ﴾ بل قد يظهر من المتن ومن عبّر كعبارته توقف صدقه أوصحته على ذلك ، بل صرّح بعضهم بذلك ، ومقتضاه عدم جريان المعاطاة فيه لكن صرّح في التذكرة بأن الخلاف فيها فيه كالخلاف في البيع .

وأشكله في جامع المقاصد بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالأجماع ، بخلاف ما هنا .

وفيه أنه يمكن دعوى السّيرة عليه هنا أيضاً كالبيع ، بل لابأس بالتزام الفرق بينها و بين العقد ، بجواز الرهن الحاصل بها بخلافه ، و إن كان لايخلو من تأمل ، ضرورة صدق الرهن على الحاصل بها ، فيشمله أدّلة اللزوم الذي هو مقتضى السّيرة أيضاً ولعلّهم تركوا التعرض لها هنا لعدم الفرق بينها و بين العقد في الحكم .

لكن قد عرفت سابقاً أن التحقيق عدم كون المعاطاة في البيع و غيره فرداً من مسمّياتها ، و على تسليمه فهي ليست من الصحيح منه ، ضرورة اعتبار العقدية في تحقق مفهومه ، كما هو المنساق من نحو المتن ، في صحته ، فلا يجري حينئذ شيء من أحكامه عليها ، وإلآلزم تعدد مفهوم البيع ولو من جهة الأحكام ، و هو مقطوع بعدمه ، بملاحظة الأدلة ، الظاهرة في أنه وحداني كما هو واضح .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿الأيجاب: كل لفظ دلّ على الإرتهان ، كقوله : رهنتك أو هذه وثيقة عندك ، أو ما أدّى هذا المعنى ﴾ كوثقتك ، و هذا رهن عندك ، بل و أرهنت ، بناء على ما في المسالك و التنقيح من أنها لغة قليلة ، وزاد في المسالك : « أنه لا يبلغ شذوذها حدّ المنع ، و أنها أوضح دلالة من كثير مما عدّوه » .

وعن الصّحاح والمصباح والقاموس : رهن وأرهن بمعنى، فما عن المهذب البارع من أنه لا يقال : أرهن - إجتهاد في مقابلة النّص ، و نفي لايعارض الإثبات ، مضافاً إلى ماتعرفه من التسامح في عقد الرّهن في الجملة، حتى استقرب في التّذكرة ، عدم اشتراط اللفظ العربي فيه ، و وافقه في الدروس : فلا شك حينئذ في تناول العقود . للعقد بها .

بل في الدّروس « لو قال : خذه على مالك ، أو بمالك ، فهو رهن ، ولو قال : أمسكه حتى أعطيك مالك فأراد الرّهن جاز ، ولو أراد الوديعة أواشتبه فليس برهن» ولعلّ ذلك كله - كما في المسالك - لأن الرهن ليس على حد العقود اللازمة ، لأنه و إن كان لازماً من طرف الراهن ، لكنه جايز من طرف المرتهن ، فترجيح جانب اللزوم، ولزوم مايعتبر في اللازم ترجيح من غير مرجح ، خصوصاً مع البحث في اعتبار ماذكروه في اللازم ، فيبقى حينئذ على مقتضى عموم الوفاء بالعقود ، الشامل لكل ما قصد به عقد الرّهن من الألفاظ من غير اعتبار لفظ مخصوص ، ولا صيغة خاصة .

لكن فيه أن ترجيح جانب الجواز أيضاً ترجيح من غير مرجح ، والأصول تقتضي عدم لحقوق أحكام الرهن ، و المراد من العقود المأمور به بالوفاء بها المتعارفة نوعاً وصنفاً ، فالمعلوم منها ولو بمعونة كلام الأصحاب يجب الوفاء به ، و مالم يعلم فضلا عن المعلوم عدمه لايجب الوفاء به ، أللهم إلاّ أن يمنع ذلك، ويقال : إنه إن سلّم إرادة المتعارف منها ، فالمراد المتعارف نوعها : أي البيع والاجارة والصّلح و نحوها ، وأمّا بالنسبة إلى ماينعقد به كل واحد منها فاللفظ شامل لكل ماقصد به العقد من الألفاظ إلاّ ماعلم خروجه ، أو حصل الشك في تناول العام له من شهرة عظيمة و نحوها ، كما ادّعوه فيما عدا الصّيغ الخاصة للعقود اللازمة .

وبالجملة مدار المسألة على ذلك ، ولا ريب في أن الاحتياط يقتضي الأول ، والظن يقوي في الثاني ، إلا أن الظاهر اعتبار العربية فيه على القولين لانصراف الاطلاق اليه ، بل في جامع المقاصد «تمنع صدق العقد على ماكان باللفظ العجمي مع القدرة على العربي» أما الماضوية فقد اعتبرها في التذكرة. بل ربما استظهر ذلك والمقارنة وتقديم الايجاب على القبول ، والعربية ، من المبسوط ، وفقه الراوندي ، والوسيلة والغنية ، والسرائر ، و جامع الشرايع ، والنافع ، و الارشاد ، و التبصرة ، و غيرها ، مما اقتصر فيه على اعتبار الايجاب والقبول ، بدعوى إنصرافهما إلى ذلك كله ، وإن كان فيه ما فيه .

بل ما في التذكرة لاينطبق على ماصرح بجوازه فيها ، من هذا رهن ، أووثيقة عندك ، ولو قيل : إنهما بمعناه أو أدل منه ـ من حيث دلالة الاسمية على الثبوت ـ رد بأنه قد شرط لفظ الماضي لامعناه ، وبأن ذلك يستلزم جواز البيع بها ، بأن يقول هذا مبيع لك بكذا ، و هو لايقول به نعم ، يمكن أن يقال : إنه احترز بالماضي عن المستقبل خاصة ، كما يشعر به قوله بعده بلا فصل ، فلو قال : أرهنك كذا أو أنا أقبل لم يعتد به أو هو مع الأمر ، وإن كان قد سمعت من الشهيد جوازه ، كما أنك سمعت مدار الأمر في المسألة .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ﴿ لو عجز عن النطق ﴾ بالايجاب ، ولو لخرس عارضي ﴿ كفت الاشارة ﴾ المفهمة للمقصود بأي عضو كان بلا خلاف أجده فيه ، لقيامها حينئذ مقام اللفظ كما يفهم ذلك مما ورد في تلبية الأخرس وتشهده .

﴿و لو كتب بيده والحال هذه وعرف ذلك من قصده جاز ﴾ أيضاً ، لأنه من الاشارة أو أولى منها أو مساولها ، ولايجزى شيء منهما مع عدم العجز قطعاً ، لحصر الشارع ، المحلل والمحرم ، في الكلام [1] و دليل البدلية خاص بحال العجز ، فمن الغريب دعوى بعض متأخرى المتأخرين الجواز فيه أيضاً مدعياً عدم الدليل بالخصوص

(١) الوسائل الباب ـ ٨ من ابواب احكام العقود الحديث ـ ٣

على حال العجز ، فليس إلاّ الاكتفاء بكل مايدلّ على الرضا ، وهو عام للحالين وفيه مالايخفى .

﴿و﴾ أمّا ﴿القبول﴾ فـ﴿هو﴾ كل لفظ دلّ على ﴿الرّضا بذلك الايجاب﴾ والكلام فيه كما في الايجاب ، بل قديظهر من المتن وغيره توسعة الأمر فيه أزيد من الأيجاب ، حيث جعله هو الرّضا من دون اعتبار لفظ دال عليه ، فضلاً عن أن يكون مخصوصاً ، ولعلّ الفارق بينه وبين الأيجاب أن الرّهن لازم من قبل الرّاهن، لأنه يتعلق بحق غيره ، فيجوز أن يعتبر في حقه مالايعتبر في حق المرتهن ، حيث أنه من قبله جائز ، لأنه يتعلق بحقه ، فيكفي فيه مايكفي في العقود الجائزة المحضة لكن ظاهر الأصحاب اعتبار القبول القولي .

نعم قداحتمل الفاضل في التذكرة ، والقواعد ، الأكتفاء بالاشتراط في عقد البيع عنه ، فلو قال : بعتك هذا الكتاب و اشترطت عليك أن ترهنني دارك ، فقال المشتري : قبلت وارهنتك صحّ حينئذ ، مع أنّ التحقيق خلافه أيضاً بعد الاغضاء عن جواز تقديمه على الأيجاب ، ضرورة عدم حصول إنشاء الرّضا بالأيجاب بذلك، وإنّما دلّ الشرط على أنه يرضى بالأرتهان حاله ، كماهو واضح بأدنى تأمل في نظائره وربّما يأتي لذلك تتمة إنشاء الله .

﴿و﴾ على كل حال فلاريب في أنه ﴿يصحّ الارتهان سفراً وحضراً﴾ بلاخلاف فيه بيننا بل الأجماع بقسميه عليه ، كما أنّ السّنة شاملة باطلاقها للحالين ، والشرط في الآية [1] مبني على الغالب فإنّ عدم الكاتب عادة لايكون إلاّ في السّفر ، فهو نحو قوله [2] «وإن كنتم على سفر إلى قوله ، ولم تجدوا ماء فتيمّموا » فإن عدم الماء يكون في السفر غالباً فماعن بعض العامة من عدم جوازه في الحضر للآية في غاية الضعف ، خصوصاً بعد اشتمالها على اشتراط عدم الكاتب ، وهو غير شرط بموافقة الخصم ، وبعد

---

(١) سورة البقرة الاية - ٢٨٣ -

(٢) سورة النساء الاية -٤٣- وسورة المائدة الاية - ٦ - و لكن الاية « وان كنتم مرضى أوعلى سفر » الى آخرها .

ماورد عن النّبي صلى الله عليه وآله (١) « انّه رهن درعه عند يهودى وهو حاضر بالمدينة » والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿هل القبض﴾ من المرتهن ﴿شرط في﴾ صحة ﴿الرّهن﴾ وترتب آثاره عليه ﴿قيل﴾ : والقائل الشيخ في أحد قوليه ، وابن إدريس ، والفاضل وولده ، والمحقّق الثاني والشهيد الثاني ، وغيرهم ﴿لا﴾ يشترط بل حكي أيضاً عن البشرى ، والجواهر ، وتخليص التلخيص ، والمقتصر ، وغاية المرام ، وإيضاح النّافع ، وغيرها . بل في السرائر نسبته إلى الأكثر من المحصّلين ، وفي كنز العرفان إلى المحققين ، فيكفى في الصّحة حينئذ الايجاب والقبول مع اجتماع باقي الشرائط ويتبعها اللزوم ، بل في الغنية والسرائر لاخلاف في حصول الصّحة بدونه ، وإن الخلاف إنّما هو في لزومه بدونه .

بل وكذا التذكرة والتحرير ، والتنقيح ، والمسالك ، والروضة ، وغيرها ، حيث أنّهم قد جعلوا الخلاف في ذلك دون الصّحة ، واحتمال إرادتها من اللزوم الذي هو محلّ الخلاف في كلامهم يأباه ظاهر كلماتهم ، وصريح الغنية والسرائر و المسالك و غيرها ، بل لعلّ احتمال العكس في كلام من جعل الصّحة مورداً للنزاع كماهو ظاهر كثير بل الأكثر اولى . خصوصاً بعد عدم الثمرة المعتدّ بها لها قبل اللزوم ، بل عن إيضاح النّافع الجزم به ، لكن الانصاف عدم خلوه من البعد كما ستعرف فلاحظ و تأمّل .

﴿وقيل﴾ والقائل المفيد والشيخ في القول الآخر و بنو الجنيد ، وحمزة ، و البراج ، والطبرسي ، وغيرهم ، على ما حكي عن بعضهم ﴿نعم﴾ يشترط ذلك في صحة الرّهن ، بل عن الطبرسي الاجماع عليه ، بل ربّما ظهر من بعضهم ماهو المحكى عن بعض أهل اللغة من عدم تحقق مسمّى الرّهن بدونه ، وإن كان هو واضح الضعف ضرورة كون لفظ الرّهن كباقي ألفاظ العقود المعلوم عدم توقف صدقها على غير العقد من قبض ونحوه ، وان اعتبر في ترتب الأثر ، كالتقابض والقبض قبل التفرق في الصّرف

(١) المستدرك ج ـ ٢ ص ٤٩٤ .

والسّلم ، والقبض في الهبة ونحو ذلك ، بل لعلّ وصف الرّهان بالمقبوضة في الآية [1] مما يشهد لذلك ، وحمله على الوصف الكاشف ، خلاف الأصل في الوصف بلا مقتض ، بل المقتضى على خلافه متحقق .

نعم لابأس بجعل الصّحة موقوفة عليه وإن تحقق الاسم بدونه ، ﴿ وهو الأصح ﴾ عند المصنف ، والشهيد ، وغيرهما تبعاً لمن عرفت ممّن ظاهر كلامه اعتباره في الصّحة دون اللزوم :

ففي المقنعة « ولا يصحّ الارتهان الاّ بالقبض » وفي النهاية « لا يدخل الشيء في أن يكون رهناً إلاّ بعد قبض المرتهن له و تمكنه منه » و في الوسيلة « الرّهن إنما يصحّ بثلاثة شروط : الايجاب ، والقبول ، والقبض برضا الرّاهن إلاّ إذا اشترط في العقد » لكن قد عرفت أن محلّ النزاع في الغنية اللزوم ، فيمكن أن يكون قد حمل عبارة الشيخين عليه ، قال فيها : شروط صحتّه ستة ، إلى أن قال بعد ذكرها : « وإذا تكامل هذه الشروط صحّ الرّهن بلاخلاف ، وليس على صحته مع اختلال بعضها دليل ، وأمّا القبض فهو شرط في لزومه من جهة الرّاهن دون المرتهن ، ومن أصحابنا من قال يلزم بالايجاب والقبول ، لقوله تعالى [2] « أوفوا بالعقود » والقول الأوّل هو الظاهر من المذهب الذي عليه الاجماع ، وإذا تعيّن المخالف باسمه ونسبه لم يؤثر خلافه » .

و أصرح منها ما في السرائر ، فانّه أيضاً ذكر أنّ شروط صحته ستة ثم قال : « و إذا تكامل هذه الشروط صحّ الرّهن بلا خلاف ، و ليس على صحتّه مع اختلال بعضها دليل ، فأمّا القبض فقد اختلف قول أصحابنا فيه ، هل هو شرط في لزومه أم لا ؟ فقال بعضهم : إنه شرط في لزومه من جهة الرّاهن دون المرتهن ، وقال الأكثرون المحصلون منهم : يلزم بالا يجاب والقبول ، وهذا هو الصّحيح إلى أن قال:

(١) سورة البقرة الاية ٢٨٣ .
(٢) سورة المائدة الاية ـ ١ .

و الأوّل مذهب شيخنا أبي جعفر في نهايته ، و شيخنا في مقنعته ، والثاني : مذهب لشيخنا في مسائل خلافه ، فإنه رجع عمّا ذهب إليه في نهايته » إذ هو كما ترى صريح في فهمه اللزوم من عبارتي المقنعة والنهايه ، وقد ظهر من ذلك الاضطراب في كلمات الأصحاب المحرّرين للنزاع .

وعلى كلّ حال فالمحصّل أنّ الأقوال في المسألة ثلاثة ، و إنكان مقتضى جميع المحرّرين للنزاع أو أكثرهم أنّ المسألة ثنائية الأقوال ، إلاّ أنّ التتبع يقضي بما ذكرنا ، الاوّل : عدم المدخلية له في الصّحة واللزوم ، وهو خيرة الخلاف و السرائر و غيرهما ممّن عرفت . والثاني : توقف الصحّة عليه وهو ظاهر المقنعة ، و النهاية ، والوسيلة وغيرهم ، بل هو صريح المحكي عن الطبرسي . والثالث : توقف اللزوم عليه دون الصّحة ، وهو خيرة المقنعة .

وأمّا الأحتمالات : فهي أكثر من ذلك ، إذ منها أنه ـ شرط للصحّة على جهة الكشف ، بل هو مقتضى إطلاقهم الشرطية عليه ضرورة عدم كون المراد منها في المتأخر غير الكشف ، ومن هنا وجب حمله مع فرض عدم إرادة ذلك على جزء سبب الصّحة ، فاطلاق الشرطية عليه حينئذ على ضرب من المجاز ، كما جزم به في جامع المقاصد .

و منها أنه شرط للزوم كذلك ، بناء على أنّ السّبب في تأثيره : أي اللزوم العقد ، فشرطه المتأخر حينئذ لا يكون إلاّ على جهة الكشف ، ومن هنا وجب حمله مع فرض عدم إرادة ذلك على جزء السّبب في اللزوم ؛ كما جزم به في المسالك ، وأن إطلاق الشرط عليه مجاز ، لكن قد يمنع تسبيب العقد اللزوم ، لانفكاكه عنه كبيع خيار المجلس وغيره ، بخلاف الصّحة ، فيمكن أن يكون هو السّبب في اللزوم ، وتقدم العقد حينئذ شرطه .

ومنه ينقدح احتمال ثالث : و إنكان الفرق بينه وبين القول بأنه جزء سبب في اللزوم في الثمرة غير ظاهر .

و كيف كان فقد كفينا مؤنة هذه الاحتمالات وغيرها بامكان تحصيل الاجماع المركب على نفيها ، لما عرفت من إنحصار الخلاف قديماً وحديثاً في الأقوال الثلاثة التي يقوى في النظر فيها الأول ، للاية ، وغيرها مما دل على لزوم العقود ، حتى جعلوه الأصل فيها ، وإليه يرجع أصالة عدم الاشتراط الراجعة إلى ظهور الأدلة في كون العقود هي الأسباب لمدلولاتها من غير حاجة إلى شيء آخر .

ولظهور النصوص في ترتب الأحكام على صدق الرهن الذي لاريب في عدم توقف صدقه على القبض ، بل لايخفى على من تصفحها على كثرتها ظهور ترتب أحكام الرهن المقبوض على ماتحقق مسماه فيه من غير تعرض للقبض وعدمه ، و لوكان معتبراً في صحة أو لزوم وجب التفصيل ، وإلا لزم الاغراء بالجهل ، بل لعل ترك الاستفصال فيه دليل العموم .

نعم يستفاد منها على وجه لايسع الفقيه إنكاره استحقاق المرتهن على الراهن قبضه ، لأن الأصل في مشروعيته التوثق ، ولايتم غالباً إلابه ، بل لايخفى ظهور النصوص في المفروغية من ذلك ، كما يؤمي إليه ذكر أحكام المقبوض بمجرد ماقيل في السؤال أنه رهن ، وكأن هذا هو الذي غر القائل بالشرطية ، لكنك خبير في أنه أعم منها ، إذ الأقوى وجوب الاقباض على الراهن إذا طلبه المرتهن ، وإن لم يكن شرطاً في صحة أولزوم كما جزم به في التحرير ، ولعله لما ذكرنا بل ولما ستسمعه مما ذكروه دليلاً للشرطية ، بل لعل مبنى الرهانة على ذلك .

لكن توقف فيه في القواعد، فقال: «ليس القبض شرطاً على رأي ، وهل له المطالبة به؟ إشكال » إذ الظاهر أن مراده على تقدير عدم الشرطية كما اعترف به في جامع المقاصد موجهاً للاشكال بنحو ما ذكرنا ، وبانتفاء المقتضي ، إذ العقد لايقتضيه ، ولاسبب غيره ، و الارشاد التوثق بالقبض في الآية [1] لايدل على كون ذلك مستحقاً للمرتهن على الراهن بمجرد العقد ، ومما ذكرنا يظهر لك أن الترجيح للأول .

هذا . ولكن في القواعد بعد ذلك أنه لايجبر الراهن على الاقباض ، فلو رهن و

(١) سورة البقرة الاية ٢٨٣ .

لم يسلم لم يجبر عليه ، وقد قيل : إنه جزم بعدالتردّد ، ولعلّ الأولى جعل ذلك منه على تقدير الاشتراط ، كما يشهد به التأمّل لكلامه اوّلاً وآخراً فلاحظ و تأمّل .

وقال أيضاً فيها في الفصل السادس : « و إذا لزم الرّهن استحق المرتهن إدامة اليد » كماأنّ ماعن المبسوط ـ من أنه « إذاجنّ الرّاهن أوأغمي عليه ، أو رجع قبل القبض ، قبض المرتهن ، لأنالعقد أوجب القبض » ـ ينبغي حمله على ماقلناه ، ضرورة أنه لاوجه له معتدبه على تقدير الشرطية ، وإن سمعت في الصّرف دعوى مثل ذلكمن بعضهم في التقابض ، فأوجبه بالعقد مع توقف الصّحة عليه ، لكنه مع أنه لم يدّعه أحدهنا ، فيه ماعرفت ، على أنّ المحكى عنه في المبسوط أنهقال : « والأولى أننقول أنه يلزم بالايجاب والقبول » فيقوى بناء كلامه هذا على ذلك .

وعلى كلّ حال فلاتنافي بين وجوب الاقباض وبين القول بعدم الشرطيةالذىقد عرفت قوته ، ويزيده قوّةً ، ضعف دليل المخالف ، إذ ليس إلاّ الأصل ، الذي ليس بأصيل بعدالعقد ومادلّ على لزومه وصدقالرّهن ، والآية التي ادعى الخصم دلالتها بمفهوم الوصف الممنوع حجيته في المقام ، خصوصاً بعد ظهور التقييد فيه في تمام الأرشاد ، أو أنها إنّما دلت على مشروعية الرّهن المقبوض ، فينفى غيره بالأصل المقطوع بالاطلاقات .

وبالجملة دعوى ـ دلالة الآية على الشرطية في الرّهن بعد ظهورها في إرادة الأرشاد ، كما يؤمي إليه التعليق على السّفر ، وعدم الكاتب ، وأنه لاقائل بوجوب أخذالرّهن كما يستفاد من الجملة ـ في غاية الفساد كماهو واضح .

و خبر محمّد بن قيس [1] عن أبي جعفر عليه السلام كما في كتب الأصول و كثير من كتب الفروع ، أو الصادق عليه السلام كمافيقليل من الأخيرة « لارهن إلاّ مقبوضاً » المعتضد بما رواه العياشي [2] عن محمّد بن عيسى عن الباقر عليه السلام كذلك ، الذي هو بعدالاغضاء عن سنده ، و أنه من قسم الموثق ، و إن قال الشهيد و غيره : أنه مردود ، لاشتراكه

(١) (٢) الوسائل الباب ـ ٣ ـ من ابواب احكام الرهن الحديث ـ ١ ـ ٢ ـ

بين الثقة والضعيف ، لأنّ المراد منه هنا البجلي الثقة ، بقرينة رواية عاصم عنه ، بناء على أنه ابن حميد ، و أن ابن سماعة فيه ، الحسن بن محمد بن سماعة ، وأنّ طريق الشيخ إليه قوي ، و الإغضاء عن كونه موافقاً لجمهور العامة ، و منهم أبو حنيفة ، والشافعي ، و أحمد ، في احدى الروايتين ، خصوصاً مع شدة التقية في زمانه عليه السلام ، والأغضاء عن احتمال إرادة بيان اعتبار كون الرّهن ممّا يقبض كما يؤمي إليه عدم تخصيص القبض للمرتهن .

محتمل لإرادة بيان نفي الأعتداد به في الإستيثاق والطمأنينة ، لا الشرطية ، بل لعلّ الظاهر منه ذلك ، بعد أن كان المنفي فيه ، العين المرهونة ، لا العقد الذي يوصف بالصحة والبطلان ، وبعد أن كان الظاهر منه استدامة القبض للعين المرهونة ، باعتبار نفي الرّهن بدونها ، الظاهر في لزوم اتصافها بذلك لصفة الرّهن ، والأجماع بقسميه كما ستعرف على عدم اعتبار الأستدامة ، و بذلك يضعّف دلالة الآية أيضاً ، و يقوى إرادة الإرشاد منها ، بل قد يستفاد منها ومن الخبر مشروعية الرّهن بغير قبض ، كما هو المختار ، و إن كان لا يحصل به تمام الاستيثاق في بعض الاحوال .

والأجماع المحكي عن الطبرسي المعارض بنفي الخلاف من ابني زهرة وادريس عن الصّحة بدونه كما أنّ إجماع ابن زهرة على اعتباره في اللزوم معارض بما سمعته من ابن ادريس والمقداد ، بل دعوى تبيّن خلافه ، لعدم المصرّح باعتباره في اللزوم دون الصّحة غيره ، على أنه قد اعترف بوجود المخالف إلاّ أنه غير قادح ، لمعروفيته باسمه و نسبه ، ولاريب في قدحه و إن كان كذلك ، على طريقتنا في الاجماع كما بين في الأصول محرّراً ، فقد بان من ذلك فساد دعوى الشرطية على كل حال ، و إن كانت هي في اللزوم أوضح فساداً ، ضرورة عدم دليل للصّحة حينئذ على وجه يفصلها عن اللزوم غير نفي الخلاف المزبور المعارض بماسمعت ، فلاريب حينئذ في قوة القول بالعدم مطلقا فتسقط حينئذ جميع الفروع التي ذكروها في المقام ﴿ و ﴾ أطنبوا فيها لكن لابأس بالتعرض إلى جملة منها بناء على الشرطية .

فمنها أنه : ﴿ لوقبضه من غير إذن الرّاهن لم ينعقد ﴾ عقد الرهن ، ولم يصحّ

بناء على اعتباره في الصحة بلاخلاف أجده فيه ، لكونه قبضاً غير مأذون فيه أومنهياً عنه ، لما عرفت من وجوب الأقباض عليه بالعقد ، فلايسقط حق الرجوع المستصحب بقاؤه ، بل لايقطعه إلاّ حصول المقطوع به من الشرط وهو القبض المأذون فيه .

فدعوى إطلاق دليل الشرطية الـ ـلاينكر انسياقه إلى المأذون فيه ، خصوصاً بعد استقراء نظائر المقام ممّا كان القبض فيه تتمة السّبب ، وخصوصاً بعدمعارضة قاعدة عدم سقوط حق الغير إلاّ برضاه ، وخصوصاً بعدعدم الخلاف فيه لايصغى اليها ، كدعوى وجوب الإقباض عليه بالعقد الذي لم يكن سبباً تاماً في حصول مدلوله ، لأن الفرض توقف الصّحة على الإقباض ، بل الظاهر أنه كذلك لوقلنا بأنه شرط للزوم ، ضرورة عدم اقتضاء العقد الجائز وجوب إلزامه .

نعم قد يقال : بجواز قبضه للمرتهن، باعتبار تعلق حقّ الرهانة فيه المقتضية للقبض باعتبار بنائها على التوثق الذي لايتم غالباً الاّ به ، فهو وإن كان باقياً على ملك المالك ، إلاّ أنه لايمنع ذلك من قبضه للمرتهن ،بعد اقتضاء حق الرهانة ذلك شرعاً ، لكن لايؤثر هذا القبض لزوماً في حق الرّاهن ،للأصل و غيره ، مع احتماله لاطلاق مادلّ على اللزوم به ، فهو كالتصرف في الهبة والمعاطاة المقتضي للزوم من الجانبين ، وعدم وجوب الإقباض غير اللزوم بالقبض ولعله لذا حكي عن الكفاية الإشكال في اعتبار الإذن ، بناء على كون القبض شرطاً في الصحّة دون اللزوم ، و إن كان الظاهر ما ذكرنا أولاً .

و أما على المختار من عدم الإشتراط وأنه يجب على الرّاهن الإقباض ،فليس للمالك منع المرتهن من قبضه ، بل ولايتوقف على إذنه ، لتعلق حق الرهانة المقتضي لذلك شرعاً ، فهو كما لوشرط الرهانة المشتملة على القبض بعقد لازم ، أونذرها مثلا و احتمال وجوب مراعاة الاذن ـ لكونه باقياً على ملكه ، و إن كان اذا امتنع أجبره الحاكم ، فإن لم يمكن قام مقامه في التسليم ـ لايخلو من وجه ، إلاّ أن الأقوى ما ذكرنا .

فما عن الكفاية ـ من الجزم بوجوب إذن الرّاهن على القول بعدم الاشتراط في اللزوم فضلاً عن الصّحة ، و اختاره بعض مشايخنا . بل زاد عليه الجزم باحتياجه

على تقدير اشتراطه في اللزوم دون الصّحة ـ واضح الضعف ، ولعلّهما بنيا الاوّل على عدم وجوب القبض وإن قلنا بعدم شرطيته ،لكنّك قدعرفت ضعفه سابقاً فلاحظ وتأمّل .

و منه تعلم الحال فيما لواشترط الرّهن في عقد لازم ، فإنه على المختار لابد من الرّهن والقبض ، إلا أن الظاهر كون وجوب القبض من مقتضى الرهانة كما عرفت ، لامن جهة الشرطية التي ليست هي إلاّ الرّهانة المحقّقة بدونه ، نعم يتجه ذلك على القول بأنه شرط في الصحّة ، ضرورة عدم تعلق حقّ الرّهانة بالعين المشترط رهنها بدونه ، فلايجدي مجرد العقد الذي لم يتعقّبه قبض ، إذ هو كالرّهن الفاسد ،وصحة اطلاق الرّهن على العقد كما ذكرناه سابقاً لاينافي كون المراد هنا الرّهن المخصوص .

أما لوقلنا بانه شرط للزوم ففي المسالك « ينبغي أن يتحقق الوفاء بالشرط بدون القبض وإن لم يلزم من قبل الرّاهن ، لأنّ مايجب الوفاء به الرّهن الصحيح، و هو أعم من اللازم » لكن فيه أنه لاتحصل الفائدة المطلوبة من اشتراطه ، فينبغي التقييد في الاشتراط برهن مقبوض ، اللّهم إلاّ أن يدعى دلالة القرائن على ذلك ،بناء على الاكتفاء بمثلها أويقال : إن الرّهن المشروط في العقد اللازم يستحق القبض وإن قلنا بكونه شرطاً في اللزوم كما حكاه في المسالك عن الشهيد ، ولعلّه راجع إلى ما ذكرنا من دلالة القرائن على ذلك ، والاّ فليس مايقتضي استحقاقه بمجرد اشتراطه غيره ، هذا كله إذا اشترط الرّهن خاصة .

أمّا إذا اشترط القبض معه فالمتجه بناء على ماذكرنا سابقاً في الشرائط وجوبها على المشترط عليه ، وإجباره عليه ، فإن لم يمكن تسلّط على الخيار . نعم على ماتقدم من الشهيد ، يتجه ماصرّح به هنا من عدم وجوب ذلك عليه ، بل أقصاه تسلط ذي الشرط على الخيار ، وهو خيرة الفاضل في المقام ، لكن فيه ماعرفت سابقاً والله أعلم.

وقد ظهر من ذلك كله عدم صحّة الرّهن بالقبض من غير اذن بناء على اعتباره في صحّته ﴿ و كذا لوأذن في قبضه ثم رجع ﴾ بإذنه ﴿ قبل قبضه ﴾ إذ هو كغير المأذون فيه ، ضرورة عدم اللزوم عليه بالإذن الذي له الرجوع فيها ، للاصل وغيره ، فيتّجه حينئذ جميع ما ذكرنا فيه سابقاً ، ولايقال : إن الإذن هنا قد اسقطت حقه

من الرجوع ، بناء على الشرطية في اللزوم ، إذ قد عرفت أن المسقط له شرعاً إنّما هو القبض ، لا الإذن فيه ، بل لو صرّح بالإسقاط ثم رجع قبل القبض لم يؤثر ذلك الإسقاط ، لعدم كون الجواز هنا كالخيار ، بل هو من الأحكام الشرعية لا الحقوق المالكية التي يتسلط عليها الإسقاط كل ذلك مع عدم الخلاف فيه ، بل يمكن تحصيل الأجماع عليه ممّن اعتبر الإذن في القبض ، سواء قلنا إنه شرط في اللزوم أو الصّحة .

﴿ وكذا ﴾ لا يصحّ الرّهن ﴿ او نطق بالعقد ثم جنّ ، أو أغمي عليه ، أو مات قبل القبض ﴾ مثلاً بناء على اعتباره في الصحّة بلا خلاف اجده ، لظهور مادلّ على شرطية الإختيار إلى تمام سبب الصحّة إنّما الكلام في البطلان بذلك على تقدير اعتباره في اللزوم ، فربّما قيل به ، لأنه حينئذ من العقود الجائزة المعلوم بطلانها بعروض ذلك .

و فيه : أنه لادليل على عموم ذلك فيها بحيث يشمل المقام الذي هو يؤوله إلى اللزوم بالقبض ليشبه بيع الخيار ، ويصلح لقطع الاستصحاب وتقييد إطلاق دليل الصّحة فيقوم حينئذ من انتقل اليه ولاية التّصرف مقامه ، مراعياً للمصلحة حيث يجب عليه ذلك ، ولامنافاة بين انتقال عين المال إلى الوارث أو ولايته إلى الولي ، و بين تعلّق حقّ الرهانة ، بل أقصاها أنها جائزة كما كانت للاصل و بذلك يفرق بين المقام و غيره من العقود الجائزة ، كالوكالة والعارية والوديعة ، إذ ليس هو مثلها قطعاً ، بل هو كبيع الخيار ، و كالهبة بعد القبض قبل التّصرف التي يجوز الرجوع فيها للمالك قبله ، ولا مجال لاحتمال البطلان فيهما .

ولعلّه لذا جزم في التذكرة بعدم البطلان في الأوّلين ، بل كان عليه ذلك بالنّسبة إلى الأخير أيضاً ، إلاّ أنه لم يرجّح فيه فيها ، بل المتّجه عدم الفرق في ذلك بين الرّاهن والمرتهن على كل من قولي الصّحة واللزوم .

لكن في الدروس ، اختار البطلان في الثلاثة بالنّسبة إلى الرّاهن ، ثم قال : « ولو مات المرتهن انتقل حق القبض إلى وارثه ، والفرق تعلّق حق الورثة والدّيان بعد موت الرّاهن به ، فلا يستأثر به أحد ، بخلاف موت المرتهن ، فإنّ الدين باق ،

فيبقى وثيقة » ، و قال أيضاً « ولوجن ّ المرتهن أو أغمي عليه قام وليه مقامه » .

و فيه مالايخفى بناءِ على أنه شرط في الصّحة ، كما هو ظاهر كلامه في أصل المسألة ، بل و على تقدير كونه شرطاً في اللزوم ، ضرورة كون المتّجه عليه البطلان مطلقا ، أو الصّحة كذلك ، لاتحاد المدرك والفرق الذي ذكره بالنّسبة الى الموت غير مجد ، بعدأن كان للورثة والديانة الفسخ ، إذلايلزم عليهم القبض المقتضى للزوم ، فتجدد تعلّق حقّ الديانة والوراثة لا يبطل الحق المتعلق سابقاً كماهوواضح.

نعم احتمال الصحّة مع موت المرتهن أوضح منه مع موت الرّاهن ، و بذلك كله تعرف الاضطراب في جملة من كلمات الاصحاب في المقام ، واحتمالاتهم التي منها مايقضي بكونه معتبراً عندهم في الصّحة ، و منها مايقضي باعتباره في اللزوم ، و قد أشكل على ثاني الشهيدين الذي جعل النزاع في الاخير المراد من نحو المتن ، و لاريب في ظهوره في الاعتبار في الصّحة ، فلا إشكال فيه من هذه الجهة .

كما أنه لا إشكال في عدم البطلان بعروض شيء من ذلك للرّاهن أو المرتهن ، بناء على المختار ، كما صرّح به جماعة ممّن خيرته ذلك ، بل حكاه في الدروس عن المبسوط معترفاً باشعاره بعدم الشرطية ، وإن كان للمرتهن طلبه للتوثق به ، وهوممّا يرشد إلى موافقته للمختار ، كما حكيناه سابقاً ، ثم إنه لايخفى عليك الحال بعد الإحاطة بما ذكرنا فيما لو كان الرّهن مشترطاً في عقد لازم ، ثم عرض نحو الامور الثلاثة قبل الرّهن أو بعده قبل الأقباض ، والله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ ليس إستدامة القبض شرطاً ﴾ بل يكفي تحققه في الصّحة أو اللزوم بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل لعلّ المحكي منهما مستفيض أو متواتر ، و هو الحجة بعد العمومات التي يمكن إرادتها للشيخ في الأستدلال عليه باخبار الفرقة ، إذ لم نجد المتحد منها الدال على ذلك صريحاً ، فضلاً عن المتعدد .

نعم ربّما تجشّم دلالة النصوص الواردة في منفعة الرّهن و علّته المعلوم كونها للرّاهن التي تتوقف غالباً على قبضه الرّهن ، والأمرسهل بعد ما عرفت الذي منه

يظهر ضعف ما عن أبي حنيفة ، و أحمد ، و مالك ، من إشتراط الاستدامة كالابتداء ، للآية التي قد تقدم البحث فيها . بل عن الأردبيلي انّ ظاهر التذكرة ذلك في مسألة منع المرتهن من التصرف قلت : الموجود فيها هناك « الرّهن وثيقة لدين المرتهن ، فان جعلنا القبض شرطاً أو كان لازماً استحق المرتهن إدامة اليد ، ولايزال يده إلاّ للانتفاع ، على خلاف قد سبق » ويمكن أن يريد ولوبقرينة أنه ممّن حكى الاجماع على عدم اشتراط الاستدامة قبل ذلك ، الاستحقاق لا على جهة الشرطية ، ولعلّه كذلك لماعرفت من اقتضاء حق الرّهانة ذلك .

﴿ فلو عاد إلى الرّاهن ﴾ و إن لم يكن بعنوان الوكالة عن المرتهن ﴿ أو تصرّف فيه ﴾ تصرفاً لاينافي كونه رهنا ﴿ لم يخرج عن ﴾ حق ﴿ الرهانة ﴾ سواء كان ذلك باذن المرتهن أولا ، و إن كان الظاهر تحقق الاثم عليه مع عدم الإذن في بعض الأحوال والله أعلم.

﴿ و ﴾ منها : أنه ﴿ لورهن ما هو في يد المرتهن لزم ﴾ الرهن على القولين من غير حاجة إلى إذن بالقبض ، ولامضي زمان يمكن فيه تجديد القبض ، ﴿ ولوكان ﴾ إستيلاء يد المرتهن عليه ﴿ غصباً ﴾ وفاقا لاطلاق الأكثر ، لا ﴿ لتحقق القبض ﴾ — الذي هو شرط ، لوضوح بطلانه في الأخير المنهي عنه ، فيكون فاسداً لذلك ، إذ النهي وإنكان لايقتضي الفساد في غير العبادة ، إلاّ أن القبض على تقدير اعتباره ركن ، و عدم اقتضاء الفساد إنّما هو بعد تمام الأركان ، و إلاّ لاجتزي بالقبض بغير إذن اولم يكن مقبوضاً ، و قد عرفت بطلانه

وليس الإرهان إذناً باستدامة القبض قطعاً ، مع أنه لايتم في التصريح بحرمة إستدامة القبض الأول ، بل لعلّه باطل في الأوّل أيضاً ضرورة ظهور أدلة الشرطية في اعتبار القبض للرهن ، فلا يجزي قبض العارية والوديعة مثلاً ، والفرض أنه لم يتجدد إذن في استدامة القبض للرهن .

— بل لعدم تناول دليل الشرطية لمثل الفرض ، ضرورة ظهوره في غير المقبوض ،

امّا هو فيبقى على اصالة اللزوم في العقد ، فيتحقق رهنه حينئذ ، وهو على القبض الأوّل حتى انه لو كان مضموناً بغصب ، او بيع فاسد ، او سوم ، او عارية مضمونة او نحو ذلك بقي عليه ، كما هو خيرة الأكثر ، بل لا خلاف اجده إلاّ من الفاضل في القواعد ، والمحكي عن يحيى بن سعيد ، ولا تنافي بين رهنيته وضمانه بعد أن كان الضمان بسبب آخر غير الرهنيّة ، كالتعدي في المرهون .

نعم يقوى ارتفاع الضمان بالإذن من الرّاهن في استدامة القبض للرّهن ، وفاقاً لجماعة ، بل عن حواشي الشهيد نفي الخلاف عنه ، لانتقاض الحال الأوّل ، بل هو شبه الوكالة في القبض عنه ، ودعوى - ظهور دليل الضمان في مثل الغصب في عدم ارتفاعه إلاّ بالتأدية المعلوم انتفاؤها في المقام وإن اذن ، فسبب الضمان الأوّل لم يرتفع ، وإن اذن في الاستدامة وارتفع الإثم بذلك ، بل لو صرّح المالك باسقاط الضمان الذي هو مقتضى السّبب الأوّل لم يسقط كما صرّح به في القواعد ، وجامع الشرايع والإيضاح ، وحواشي الشهيد ، وغاية المرام ، وجامع المقاصد ، على ماحكي عن بعضها ، إذ هو ترتب شرعي والإسقاط كالإبراء إنّما يجدي في الحقّ الثابت في الذّمة مثلاً ، وليس المقام منه قطعاً ، إذ لاشيء في الذمة حينئذ ، لكون المراد من الضمان فيه انه لو تلفت العين ضمن مثلها ، ولا معنى لإسقاطه قبل حصوله ، كما انه لا معنى لإسقاط سببيّة السّبب الذي جعل الشارع غاية ارتفاعه التأدية المعلوم انتفاؤها في المقام -

يدفعها اولا : منع عدم صدق التأدية على نحو ذلك ، مع استناد اليد فيه إلى إذن المالك ، وانه من تصرفه فيه ، فهو كما لو تاب الغاصب وطلب من المالك قبض ماله فقال له : ليبق عندك وديعة ، وكما لو ارهن المالك مغصوباً عند غير الغاصب ، وقد اذن للرّاهن في قبضه منه وقبضه ، ودعوى - التزام الضمان في ذلك ونحوه - ايضاً كما ترى يمكن ان يقطع بعدمه ، وانه ظلم واضح ، فلعلّ المراد من التأدية في خبر الضمان ما يشمل مثل ذلك ، لا انه القبض الفعلي خاصة .

وثانياً ظهور كون المراد من الخبر ما إذا بقيت يد الضمان على حالها ، لا ما إذا تغيّرت وصارت يد امانة مثلا ، فيبقى حينئذ على اصالة البراءة التي لا يعارضها

استصحاب الضمان ، بعد ماعرفت من ظهور دليله في غير الفرض ، ومن معلومية كون السّبب في الضمان العدوان ، والفرض زواله بالإئتمان ، فلا وجه للاستصحاب .

وعدم ارتفاع الضمان بالإسقاط ـ مع أن فيه بحثاً . بل عن الشيخ السقوط لحصول سبب الوجوب ، فليس إبراء ممّا لم يجب ، وتبعه المصنف فيما يأتي ، والفاضل في التحرير ـ لامدخلية له فيما نحن فيه الذي فرض حصول الإذن من الغاصب باستدامة القبض ، على أنه رهن ، أووديعة ، أوعارية مثلاً ، وأنه بذلك صار أمانة في يده ، ودعوى الفرق ـ بين المقام ، والوديعة التي هي استنابة عن المالك في الحفظ والقبض لمصلحة ، بخلاف ما نحن فيه ، بل والعارية والتوكيل على البيع و الإعتاق على إشكال ـ غير مسموعة ، فإن دقيق النظر يقضي بعدم الفرق بين الجميع .

كما أنه يقضي بعدم الفرق بين المغصوب و بين غيره ـ ممّاهو مضمون كالعارية المضمونة ، والمقبوض بالسّوم ، أوالشراء الفاسد أونحوذلك ـ فيما ذكرنا من الحكم ، ومن ذلك تعرف النظر فيما في القواعد ، وجامع المقاصد ، وغيرهما ، وقد يأتي إن شاء الله لذلك تتمة فتأمّل جيّداً .

وعلى كلّ حال فقد ظهر لك أن السّبب في لزوم الرّهن في مفروض المتن ما قلناه ، لاما سمعت الذي قد عرفت أنه لايتم في الغصب ، ولذلك فصّل في المسالك ، والروضة بين المغصوب وغيره ، فاعتبر الإذن ومضيّ الزّمان في الأوّل ، دون الثاني ، ولاريب في ضعفه ، بل لم اعرف هذا التفصيل لغيره عدا الفاضل في ظاهر التذكرة ، وإن حكاه في الروضة عن بعض ، ولعلّه هو مراده .

كما أنه لم اعرف وجهاً معتداً به لاعتبار مضيّ الزّمان وإن قيل في توجيهه : أن الإذن في القبض يستدعي تحصيله ، ومن ضرورياته مضي زمان ، فهودال على القبض الفعلي بالمطابقة ، وعلى الزّمان بالالتزام ، ولما لزم من القبض الفعلي تحصيل الحاصل أواجتماع الأمثال المحالان حمل اللفظ على المعنى الالتزامي ، لتعذر المطابقي ، وهو كما ترى ، ضرورة أن اعتبار الزّمان من باب المقدمة لحصول القبض ، فلايعقل اعتباره مع حصول ذي المقدمة كماهو واضح .

ولو علّل بأن المنساق من القبض في مثله بعد فرض شمول دليل الشرطية لهذلك، لكان أولى ، وإن كان فيه منع واضح أيضاً ، خصوصاً بعد عدم تعذّر الحقيقة ، بأن يرجعه إلى صاحبه ثم يقبضه منه ، أو يتوكل عنه في قبضه و إقباضه ، فيكون كالموحب و القابل .

وأمّا الإذن فبناء على عدم اعتبار القبض السابق لكون الفرض أنه غصب ، و على أنه شرط في مثل الفرض فالمتجه اعتبارها ليكون استدامة القبض مستندة إليها ، فيتحقق القبض المأذون فيه بعد الرّهانة ضرورة صدقه على الاستدامة لكن قد عرفت أنّ التحقيق عدم اعتبار القبض في مثل الفرض ، ومن هنا اتجه القول باللزوم وإن لم يحصل اذن في الاستدامة ، كما هو مقتضى اطلاق الأكثر الذين لم يفرّقوا بين الوديعة والعارية ، والمغصوب ، في عدم اعتبار الاذن ومضي الزمان ، بل لاخلاف محقق أجده في ذلك في الاولين .

نعم حكي في الدروس من الشيخ الحكم بأنه لابد من مضي زمان يمكن فيه القبض منهما ، ولعله يلزم ذلك في الثالث ، الا أنه لم تتحقق ماحكاه عنه ، إذ المحكي عنه في المبسوط ، و الخلاف انه قال : « إذا كان له في يد رجل مال وديعة ، أو عارية ، أو اجارة ، أو غصبا فجعله رهنا عنده بدين له ، كان الرهن صحيحا و يكون ذلك قبضاً إذا أذن له الراهن في قبض عين الرهن » وزاد في الثاني « وإذا لم يأذن له لم يكن على كونه قبضاً دليل » كما أنه حكي عن الأوّل في مسألة ما إذا أذن له وجنّ تم القبض و صحّ ، وقد قيل : أنه لا يصحّ إلا بعد أن يأتي عليه زمان يمكن قبضه فيه .

والجميع كما ترى ليس فيه اشتراط مضي الزمان المعروف نقله عن الشافعي وإنما اقتصر على الإذن خاصّة ، من غير فرق بين المغصوب وغيره ، و لعله لتحقق القبض المعتبر بها ، إذ الاستدامة كالابتداء ولا يجدي القبض الأول اما في المغصوب فواضح ، وأما في غيره فلأنه ليس قبض رهانة وان كنا لم نشترط تعقّب القبض للرّهانة وهو جيد ، بناء على اعتبار القبض في مثل الفرض لعدم تيقن حصول الشرط بغير ذلك .

نعم فيه ماذكرنا سابقا من عدم الدليل على اشتراطه في هذا الحال . فيلزم بدونه

على تقدير الشرطية ، والافعلى المختار من عدم الشرطية أصلا فلابحث في اللزوم ، و سقوط هذا الكلام من أصله والله أعلم .

﴿ و ﴾ منها : أنه ﴿ لورهن ما هو غائب ﴾ عن مجلس العقد منقولا كان أو غيره غيبة لا يصدق معها القبض لوخلى بينه وبينه فيما يكفى فيه ذلك لو لا الغيبة ﴿لم يصر رهنا﴾ صحيحاً ، بناء على الاعتبار في الصّحة ، أولازما على اعتباره في اللزوم ﴿ حتى يحضر المرتهن أو القائم مقامه عندالرهن ، ويقبضه ﴾ بما يصدق معه من تخلية ، أو نقل بلاخلاف أجده فيه ، بل في جامع المقاصد ، نسبته إلى نص الأصحاب وغيرهم ، لعدم حصول الشرط بدون ذلك ، ولا يكفى الإذن مع مضي زمان يمكن فيه القبض وإن كان المرهون غير منقول ، لمنع حصول التخلية بذلك ، فضلاعن حصولها بالاذن خاصة .

نعم قديقال : لاحاجة إلى الإذن فضلاً عن مضي الزمان لوكان المرهون مقبوضا للمرتهن سابقا وإن كان غائبا عنه حال العقد استصحابا لحكم القبض السابق . مع احتمال العدم أيضاً كما عن أحد وجهي الشافعية حتى مع مضي الزمان ، بل لابدمن الحضور فعلا ، بل عن أحد الوجهين عنهم أيضاً أنه لابد من النقل فعلا للمنقول مثلا وإن كان فيه ما لا يخفى .

ولعل ذلك لاينافي ما تقدم سابقا المفروض فيه وقوع الرهن على المقبوض عنده لكن بهذا النوع من القبض ، لا أنه رهنها وهو أي الغاصب ونحوه غائب عنها ، إلا أن استدلال بعضهم هناك باستصحاب حكم القبض ينافي ذلك ، وحينئذ فيكون كلامهم شاهداً لما قلنا أوّلا الذي الحيلة بناء عليه في رهن الغائب إذا لم يكن مقبوضا للمرتهن، وكان مقبوضا للراهن بأن يوكله في القبض عنه ، فيجعل استدامة قبضه للرهن ، فيصح حينئذ ، اللّهم إن أن يمنع صحّة الوكالة فيما هو في حكم القبض ، ولا يخفى عليك سقوط هذا البحث من أصله على المختار .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لو أقر الراهن بالاقباض قضي﴾ به ﴿عليه﴾ لعموم [1]

(١) الوسائل الباب ـ ٣ ـ من ابواب الاقرار الحديث ١ ـ .

« إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » لكن ﴿ إذا لم يعلم كذبه ﴾ فإنه لا عبرة باقراره قطعاً ، فلا يشمله الجواز المزبور ﴿ ولو رجع ﴾ عن اقراره السابق ﴿ لم يقبل رجوعه ﴾ كما في كل إنكار بعد اقرار ، وإلا لم يكن الاقرار جائزا عليه على كل حال ، كما هو مقتضى الخبر السابق ، وما عن المبسوط - من أنه قوى القبول في آخر كلامه ، لجريان العادة بوقوع الشهادة في الوثائق قبل تحقق ما فيها ، بل استقربه في التذكرة - واضح الضعف ، بل كأنه اجتهاد في مقابلة النص ﴿ و ﴾ مخالف لاصالة الصحة في قول المسلم وفعله .

نعم قد ﴿ تسمع دعواه لو ادعى المواطأة على ﴾ الاقرار و ﴿ الاشهاد ﴾ عليه إقامة لرسم الوثيقة ، حذرا من تعذر ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض ﴿ ويتوجه ﴾ له ﴿ اليمين ﴾ حينئذ ﴿ على المرتهن ﴾ كما صرح به جماعة ، لجريان العادة بذلك ولعموم [1] «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» واختاره المصنف بقوله ﴿ على الأشبه ﴾ مشعرا بوقوع الخلاف فيه ، بل صرح به في شرح الترددات ، وان لم يحضرني الآن نسخته ، إلا أنه لا يخلو من وجه ، لتكذيب دعواه بظاهر اقراره السابق .

وكذا لو ادعى الغلط في اقراره وأظهر تأويلا ممكنا ، كأن قال : اني أقبضته بالقول : فظننت الاكتفاء به حيث يمكن في حقه توهم ذلك ، أو قال : استندت فيه إلى ما كتبه وكيلي ، فظهر مزوّرا ونحو ذلك ، وإن صرح بالسماع فيه في التذكرة ، والدروس ، والمسالك ، والروضة ، ومحكي المبسوط ، ولعله لأنه لم يكذب إقراره في الحقيقة ، فيشمله العموم المزبور الذي يعارضه عموم الاقرار من وجه فيرجح عليه بفتوى من عرفت ، ولا دليل على عدم قبول الدعوى المكذبة والبينة كذلك على كل حال بحيث يشمل المقام الذي قد عرفت فتوى لجملة من الأساطين بالسماع فيه ، بل ربما نقل أن الأشبه سماع التأويل الممكن وإن كان الإقرار في مجلس الحكم لكن في

(١) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب كيفية الحكم الحديث - ١ - ٣ - لكن فيه « واليمين على من ادعى عليه » .

التذكرة نظر فيه ولم يرجح بل كأنه مال إلى عدم السماع ، وقد تقدم في أوّل بيع الحيوان ماله نفع في المقام فلاحظ وتأمل .

هذا كله إذا شهد الشاهدان باقراره أو اعترف هو به ، أما لو شهدا بنفس الإقباض ومشاهدته لم تسمع دعواه ، ولم يتوجه له اليمين ، بل في التذكرة « وكذا لو شهدا على إقراره بالاقباض بعد انكاره الاقرار » فتأمل .

ثم إنه لايخفى عليك تصوير المسألة بالنسبة إلى المرتهن ، وفيما إذا كانت العين في يد الراهن أو المرتهن أو ثالث موجودة أو تالفة ، بان قال : تواطأنا على الإقرار ، ثم أخذه من دون إذن فتلف ، كما أنه لايخفى عليك جريانها على القول باعتبار القبض في الصّحة واللزوم و عدمه والله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان فعلى الشرطية وعدمها ﴿ لايجوز تسليم المتاع الابرضا شريكه ، سواء كان مما ينقل أولاينقل ، على الاشبه ﴾ و فاقاً لصريح التحرير ، و الدروس ، و ظاهر القواعد ، واللمعة ، لاستلزامه التصرف في مال الغير بغير إذنه ، و المانع الشرعي كالمانع العقلي خلافاً للمحكي عن المبسوط فيما قبضه التخلية ، لعدم اقتضائها التصرف ، واستجوده في المسالك و غيرها .

لكن قد يناقش بمنع تحقق التخلية التي يصدق القبض معها بدونه ، ضرورة أنه سلطنة عرفية زائدة على السلطنة الشرعية المتحققة بالعقد في نحو البيع ، و كونه كالمالك لايحقق القبض ، إذ يمكن منعه بالنسبة اليه ايضاً لتوقف دخوله ونحوه من التصرفات على إذن الشريك ، فليس مقبوضاً له ، والتخلية التي يتحقق معها القبض: هي مايحصل بها السلطنة على القبض الفعلي ، بحيث لوأراده لأوقعه ، فمع فرض المانع عنه كما في المقام ولو شرعياً لم تحصل السلطنة المزبورة .

و على كل حال فلو سلّمه إياه عدواناً ففي القواعد « في الاكتفاء به - أي على الشرطية نظر » - أقربه ذلك ، للقبض وإن تعدى في غير الرهن ، و وافقه عليه والده كما قيل ، و ثاني المحققين ، والشهيدين و غيرهم ، لأن النهي انّما هو لحق الشريك خاصة ، إذ الفرض حصول الاذن من قبل الراهن الذي هو المعتبر شرعاً ، و كونه قبضاً

واحداً لاينافي الحكم بالوقوع ، لاختلاف الجهة و قديشكل بمنافاته لما حكى من كلامهم في باب الهبة من التصريح بعدم الاكتفاء ، للنهي المانع ، كما لووقع بدون إذن الراهن ، و قد تقدم التحقيق في باب القبض .

ولو وكل المرتهن الشريك على القبض ، وقد أُذن له الراهن جاز بلاخلاف ولا إشكال ، بل في جامع المقاصد قوّة الاكتفاء باذن الراهن للشريك والمرتهن في القبض من دون أن يأذن للمرتهن في توكيل الشريك ، بل جزم به في المسالك .

نعم لوشرط عليه القبض بنفسه لم يكف ، ولو أُذن الراهن للمرتهن في القبض فنازعه الشريك نصب الحاكم عدلاً يكون في يده لهما ، فيكون قبضاً عن المرتهن ، كما أنه لو تنازعا في الاستدامة وكان ممايؤجر ولم يتهايئا ، جعله الحاكم على يدعدل يؤجره و يقسم الأجرة على الشريكين ، و في الدروس ويتعلق الرّهن بحصة الراهن من الأجرة وليكن مدة الإجارة لاتزيد عن أجل الحق ، فلوزاد بطل الزائد وتخير المستأجر الجاهل ، إلاّ أن يجيز المرتهن ويأتي تمام الكلام في ذلك انشاء الله والله أعلم .

الفصل الثاني في : شرائط الرهن

اي المرهون صحة أولزوماً و قد ذكر المصنف بعضا منها فقال ﴿ ومن شرائطه: أن يكون عينا مملوكا يمكن قبضه ويصح بيعه ، سواء كان مشاعاً أومنفرداً ﴾ وتفصيل البحث فيها أنه لاخلاف أجده في الأول منها ، بل ربما استشعر من عبارتي الغنية والسرائر ذلك أيضاً ، سوى ماتسمعه من الخلاف في خدمة المدبّر ، و هو الذي حكاه في المختلف ، و إلا ـ فلم نجد خلافا في غيرها لأحد من العامة فضلا عن الخاصة .

و على كل حال ﴿ فلورهن ديناً ، لم ينعقد ﴾ الرهن على المشهور نقلا و تحصيلا بل ربما استشعر من عبارتي السرائر ، والغنية ، الاجماع عليه ، و هو الحجة إن تم أو دعوى ظهور الأدلة ولو بمعونة الشهرة في اعتبار العينية بهذا المعنى في صحة عقده أو مفهومه ، بل لعلّ الشك في الاخير كاف ، ـ لا لأن القبض معتبر في الرهن ،

و هو غير ممكن في الدين الذي هو أمر كلي لاوجود له في الخارج يمكن قبضه ؛ و مايدفعه المديون ليس عين الدّين ، بل هو أحد أفراده ، فإن فساده واضح .

أمّا أوّلا : فلاقتضائه الصحة ممن لم يقل بالشرطية ، مع أنه صرّح بالمنع في السرائر ، والقواعد ، و غيرهما ممن لايقول بالشرطية .

و ثانياً : لايتم على تقدير اشتراطه في اللزوم ، فان أقصاه عدم اللزوم ، لا الصحّة ، مع أنه صرّح في الغنية بالمنع مع أنه ممن يقول بكونه شرطاً للزوم دون الصحّة .

و ثالثا : معلومية عدم الفرق بين قبض الدين في البيع في الصرف فيه و غيره ، والهبة و غيرها ، و بين الرهن ، ولاريب في صحّة قبضه بتعيين المديون ، و صدق قبض الدين على ذالك المدفوع ، و إن كان هو أحد الأفراد التي يوجد فيها الكلي .

و رابعاً : أنه لايتم لوكان الدين المرهون على المرتهن ، لكونه مقبوضاً له ، و لذلك صح التصارف بما في الذمم ، و كان ذلك تقابضاً منهما قبل التفرق ، ولالأنّ الرهن ليس إلامن حيث عدم الوثوق باستيفاء ما في الذمة ، فكيف يستوثق فيإستيفائه بمثله ، إذفيه مع كونه غير تامفيما لوقبضه وأبقاه رهناً عنده ، بل وغير تام فيمالوكان الدين على المرتهن ، اذمن الواضح اختلاف الناس في سهولة القضاء وعسره ، فكم من ديونمتعيّنة الحصول يصلحالاستيثاق بهادونغيرها ممّايئس من تحصيلها كمالايخفى .

بل ولالما فيالرياض صريحاً و غيره ظاهراً من الشك في حصول الذي هو شرط في الرهن بذلك ، بدعوى ظهور النصوص في كون المقبوض الرهن نفسه الذي جرى عليه العقد ، لافرده ، و صدق القبض عرفا لايستلزم تحقق القبض المتبادر من الأدلة هنا ، بل هو قبض لايتناول ما عليه في الذمة .

بل قديمنع صدق القبض عليه عرفا مع بقائه على ملك الديان ، و إن أجرينا عليه حكم المقبوض لوانتقل إلى المديون نفسه ، فالأصول حينئذ بحالها بعد صرف الاطلاقات إلى ما عرفت من القبض ، بل عموم الوفاء بالعقود منصرف إلى إطلاق النصوص في الرهون ، فإنه بملاحظتها والنظر فيما ورد في بعضها ـ مما هو كالتعليل

لشرعية الرهن بأنه للوثوق الغير الحاصل في أغلب أفراد المفروض - يحصل الظن القوي بل المتأخم للعلم بأن عقد الرهن لايصح إلا فيما يمكن قبضه بنفسه قبضاً حسّيا، فينزل عموم الوفاء على ذلك، إذ هو الصحيح لا غيره كما ستسمع ذلك في نظائر المقام ممّا لايمكن قبضه و بيعه كالحرّ وشبهه.

و من ذلك تعرف عدم بناء المنع في رهن الدين على شرطية القبض، و إن حكم به الفاضل في التذكرة، ضرورة كون الحاصل منه اشتراط كون الرهن مما يقبض قبضاً حسياً، سواء قلنا باشتراط القبض في الصحة أو اللزوم أو لم نقل، كما أن منه يعلم دفع العجب عن العلامّة في القواعد، حيث حكم بعدم صحة رهن الدين مع قوله بعدم الاشتراط، كالحلّيّ في السرائر، و تصريحه بالبناء في التذكرة لايقضي بكونه كذلك في القواعد، إذ ذلك كله بعد ما عرفت دعوى بل دعاوي خالية عن الشواهد، بل هي بخلافها متحققة، ضرورة عدم الفرق بين قبض الرهن و غيره، خصوصاً بعد رهن المشاع الذي هو راجع إلى الكلّية أيضاً، بل و رهن الكلي الخارجي ولو بوصيّة ونحوها قبل قبضه، كضرورة حصول الوثوق برهنه بالطريق الذي ذكرناه.

فلاريب في كون المتجه الصحة، كما احتمله في الدروس بناء على اشتراط القبض في الصحة، فضلا عن اللزوم، وفضلاً عن المختار من عدم الشرطية أصلا بل كون الرهن مما يقبض لو سلمنا اشتراطه متحقق، كما عرفت، ولعله لذا احتمل في الدروس، و الروضة الصحة كهبة مافي الذمم، بل جزم به في المسالك والمحكي عن مجمع البرهان.

نعم قد يحتمل كون المراد من الدين في كلام المصنف وغيره خصوص المؤجل منه الذي لايستحق الدّيان قبضه، فإنه قد يتجه المنع فيه، بناء على شرطية استحقاق القبض فعلا، لعدم التمكن من الاقباض، والانتظار الى حلول الأجل لايجدي في حصول شرط صحة الرهن، و هو المنفي، لاذاك ولاما إذا رضي المديون بتعجيل الحق ونحو ذلك ممّا يتصور فيه الصّحة.

لكن قد عرفت انه لادليل على الشرطية المزبورة على وجه لايكفي فيها استحقاق القبض المتأخر عند حلول الأجل، فالعمدة حينئذ ماسمعته من الاجماع، وان كان دون

تحصيله خرط القتاد - و دعوى ظهور النصوص - ولو بمعونة فتوى المشهور - في اعتبار كون الرهن عيناً لاديناً في صحته ، أو مفهومه ، على نحو اعتبار العين والمنفعةمثلاً في البيع ، والاجارة ، ولاينافيه اطلاق الشرطية في كلامهم بعد تعارف اطلاقها عندهم على المقوم ، بل يكفي الشك في الأخير ولو للشهرة و غيرها لعدم إطلاق يحتج به حينئذ للنفي والأصل الفساد .

﴿ و كذا ﴾ الكلام ﴿ لوأرهنه منفعة كسكنى الدار وخدمة العبد ﴾ غير المدبّر الذي لا أجد فيه خلافا ، بل في المسالك أنه موضع وفاق ، بل قيل : إنه قد يظهر من جماعة ، ولعلّه الحجّة وإن علّل مع ذلك بأن الدين إن كان مؤجلا فالمنافع تتلف إلى حلول الأجل فلاتحصل فائدة الرهن ، وإن كان حالا فيقدر مايتأخر قضاء الدين بتلف جزء من المرهون ، فلايحصل الاستيثاق ، و لأن المنافع لايصح إقباضها إلا باتلافها ، فكان عدم الصّحة متجهاً على القول باشتراط الإقباض ، و بدونه ، بل في المسالك « ان الامر على ما اختاره المصنف من الاشتراط واضح » وتبعه في الرياض .

لكن تأمل فيه في حاشيته على الروضة ، فقال : « إن استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط ، بل منه أوعوضه ، ولو يبيعه قبل الإستيفاء ، كمالورهن مايتسارع إليه الفساد قبله ، والمنفعة يمكن جواز ذلك فيها ، بأن يؤجر العين ويجعل الاجرة رهنا ، وقريب منه القبض لإمكانه بتسليم العين ليستوفي منها المنفعة ، ويكون عوضها رهنا ، إلاأن يقال : إن ذلك خروج عن المتنازع ، اذرهن الأجرة جائز ، إنما الكلام في المنفعة نفسها ، والفرق بينها وبين مايتسارع إليه الفساد ، امكان رهنه ، والمانع عارض » .

وفيه أنه ليس خروجاً بعد أن كان مورد العقد المنفعة ، لا الأجرة التي لاكلام في جواز رهنها ، والفرق بعروض المانع غير مجد ، فالعمدة حينئذ الاجماع المؤيد بدعوى ظهور النصوص في كون الرهن عيناً لامنفعة ، ولو على الوجه الذي سمعته سابقاً ، وإلا كان المتجه الجواز و إن قلنا بالإشتراط ضرورة اجراء الشارع قبض الاعيان ذوات المنافع مجرى قبض المنافع في الاجارة و غيرها .

و دعوى ـ اختصاص ذلك بالاجارة لمكان الحاجة إلى المنافع ، والاّ فقبض العين ليس قبضاً تاما في الاجارة ، بخلاف رهن المنافع ، فا نه لاحاجة تمس إليها ـ واضحة المنع و عدم تمامية القبض لاينافي إجراؤه مجراه ، فلاريب حينئذ في أن العمدة ما قلناه ، كما يؤمي إليه التصريح بالمنع من القائلين بالشرطية و عدمها ، وتلف بعض المنافع إلى حلول الاجل أوإلى الاستيفاء غيرقادح ، بعد أن كان الاستيثاق في المجموع الذى هوكاف في صحة الرهن ، سيمامع التصريح بذلك ، فلا دليل حينئذإلاما عرفت في دعوى الإجماع هنا أقرب منها في الأول والله أعلم بحقيقة الحال .

نعم لهم كلام في خصوص رهن خدمة المدبر ستسمعه انشاءالله ﴿ و ﴾ لكن قبل الكلام في ذلك ينبغي أن يعلم أن ﴿ في رهن المدبّر ﴾ نفسه ﴿ تردد ﴾ أوخلاف ، ﴿ والوجه ﴾ عند المصنف و غيره من المتأخرين بل في المسالك نسبته إلى الاكثر ﴿ أن رهن رقبته إبطال لتدبيره ﴾ كبيعه وهبته و نحوهما من العقود التي يكون الغرض منها ملك من انتقل إليه ، أو استيفاء الدّين من قيمته ، إذ لايتمّ ذلك إلاّ بالرجوع في التدبير الذي هومن العقود الجائزة ، كغيره ، من الوصية ، فيكون حينئذ قصد شيء منها كافياً في الرجوع ، للتنافي بينه و بين القصد السابق للتدبير ، خلافا للمحكي عن الشيخ من الصحة ، لأن الرهن لايستلزم نقله عن ملك الراهن ، ويجوز فكّه ، فلايتحقق التنافي بين الرهن والتدبير بمجرد الرهن ، بل بالتصرف فيه .

لكن الموجود في المحكي عن مبسوطه كالذي في السرائر إذا دبّر عبده ورهنه بطل التدبير ، لأن التدبير وصية ، و رهنه رجوع فيها ، و إن قلنا إن الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قوياً ، لانه لادليل على بطلانه .

نعم زاد « فعلى هذا إذا حلّ الأجل في الدين و قضاه المدين من غير الرّهن كان جايزا ، وإن باعه كان له ذلك ، وعن خلافه إذا دبّر عبده ثم رهنه بطل التدبير، وصحّ الرهن ، إن قصد بذلك فسخ التدبير ، و إن لم يقصد بذلك الفسخ لم يصحّ الرّهن ، واستدل بعدم الخلاف والاجماع على أن التدبير بمنزلة الوصية ، والوصية له الرجوع فيها ، فكذا التدبير ، فأما إذا لم يقصد الرجوع فلا دلالة على بطلانه ـ إلى

أن قال ـ : وإن قلنا : إن الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قوياً » وهمامعاًكماترى، لاتصريح فيهما بذلك ، بل ظاهرهما عدم القول به .

نعم يحكى عن الأردبيلي التصريح به مدّعيا عدم المنافاة بينهما ، و كأنه توقف فيه في المسالك : وفي تدبير التحرير « الأقوى أن رهن المدبر ليس إبطالاله ، وعتق بعدالموت ، ويؤخذ من التركة قيمته تكون رهنا».

وعن الكفاية « أن في المسألة أقوالا ثلاثة ـ القول بصحة الرهن ، وأن رهن رقبته إبطال لتدبيره ، ـ و القول بعدم الصحّة ، و القول بأن التدبير مراعى بفكّه فيستقر ، أو بأخذه في الدين فيبطل » .

وأنكر عليه في الحدائق و غيرها ، القول الثاني : وفي التذكرة يصحّ رهن المدبّر عند علمائنا ، لكن لعله فهمه من عبارة الخلاف السابقة المقيّد ذلك بعدم قصد الفسخ أو أخذه من الدروس ، فإنه حكاه عن النهاية قال ، « و رهن المدبّر إبطال لتدبيره عند الفاضلين ، وعلى القول بجواز بيع الخدمة يصحّ في خدمته » وفي النهاية «يبطل رهن المدبّر» وفي المبسوط والخلاف « يصحّ ويبطل تدبيره» ثم قوّى صحّتهما فإن بيع بطل التدبير ، وإلا فهو بحاله ، وتبعه ابن ادريس وهوحسن .

وكيف كان فالاحتمالات ـ التي بعضها أقوال ـ ستة ، أوسبعة ، وإن أمكن في بعضها إرجاعه إلى آخر أحدها : صحة الرّهن و إبطال التدبير ، ثانيها : الصحّة و مراعاة التدبير ، ثالثها : ماسمعته من التحرير ، رابعها : ماسمعته من الخلاف ، خامسها صحّتهما معا على أن يكون رهناً إلى موت السيّد فينعتق ، وتبطل الرّهنية ، فيكون كرهن المال الذي فيه الخيار لغير الراهن ، وكرهن العبد المشروط حريّته بناء على صحّته ، أوالمنذور كذلك في مدة مخصوصة ، أوالعبد الجاني عمداً أوخطأ ، والمرتد عن فطرة ، والمريض المأيوس منه ، وكبيع المدبّر على رأى المفيد ، القائل بأنه إذا مات سيّده تحرر ، وليس للمشترى عليه سبيل ، ولعلّ هذا هوالذي قوّاه في السرائر ، بل لعلّه المحكيّ عن الأردبيلي .

سادسها ـ ماحكاه في الكفاية من عدم صحّة الرّهن ، سابعها : عدم الصحّة إذا

كان المقصود رهنه بحيث يستوفى منه الدّين ، مع قصد عدم الرجوع بالتدبير ، أما إذا كان مقصوده رهناً باقيا على صفة التدبير فيصحّان معاً ، والاطلاق منصرف إلى الثاني .

ولعلّ الأقوى الأوّل إذا كان التدبير ممّا يجوز له الرّجوع فيه ، لاطلاق أدلة الرّهن ، واجتماع الشرائط حال العقد ، ولأنّ الرّهن للتوثق الذي ينافيه ذلك ، فان لم يكن كذلك بأن كان واجباً عليه بنذر ونحوه فليس حينئذ إلاّ الخامس أو السادس ، وكأن الأوّل منهما لايخلو من قوة ، خصوصاً إذا قلنا بجواز بيعه منزلاً على الخدمة أولاً إلى موت السيّد الذي ربّما يرجع إليه ماسمعته من المفيد ، بل هو الذي يقضي به التدبير في كلام الدروس أوّلاً .

وقد تلخص من ذلك أنه حيث يكون التدبير ممّا يجوز الرّجوع فيه الأقوى الأوّل ، سواء صرّح بكونه يستوفى منه المال على كل حال إذا لم يؤد الدّين ، أو أطلق ، أما صحّة الرّهن فلوجود المقتضي وارتفاع المانع ، وأما بطلان التدبير فللمنافاة وإلّا لصحّ تدبيره وهو رهن .

وكون التدبير عتقاً بصفة ، فينبغي بطلان الرّهن لابطلانه ، ليس من مذهبنا ، للاجماع على جواز الرجوع به كالوصيّة ، ولايحتاج إلى سبق فسخ التدبير ، بل ولا إلى قصده على أقوى الوجهين ، أو القولين ، كما تعرفه إن شاء الله في محلّه ، وتقدم له نظائر في الخيار وغيره ، ويأتي في الوصايا وغيرها ، فهو حينئذ كبيعه وهبته ونحوهما بل كبيع المال الموصى به لشخص أو هبته أو رهنه ممّا يحصل به الرّجوع قهرا لاقصداً . نعم لو صرّح بكونه رهناً باقيا على تدبيره جاء فيه الوجهان السابقان اللذان قد تقدم قوة أولهما ، وأنه يكون كرهن الجاني والمنذور عتقه ، والمريض المأيوس من برئه هذا كله مع إرادة رهن رقبته .

﴿ أمّا لو صرح برهن خدمته ، مع بقاء التدبير ﴾ ففي المتن ﴿ قيل : يصح ، التفاتاً إلى الرّواية المتضمنة لجواز بيع خدمته ، وقيل لا ، لتعذر بيع المنفعة منفردة وهو أشبه ﴾ لكن لم نعرف القائل بالأوّل ، وإن حكاه غيره أيضاً . نعم ربما نسب

إلى الشيخ في النهاية ، إلاّ أني لم أجده فيها ، لافي الرّهن ولافي التدبير ، ولكن قال : « لايجوز بيعه قبل نقض تدبيره ، إلاّ أن يعلم المشتري أن البيع للخدمة ، وأنه متى مات هو كان حرّاً لاسبيل له عليه » .

وفي الدروس « وتبعه على ذلك جماعة » فيمكن أن يكون وجه النسبة إليه القاعدة التي ذكرها غير واحد ، وهي ـ كل ما جاز بيعه جاز رهنه ـ إلاّ أن ذلك يقتضي القول به لغيره أيضاً ، ولعلّه لذا قال في الدروس : « ولايجوز رهن المنفعة لعدم إمكان بيعها ، ولأن المنافع لابقاء لها ، فلاينتفع بها المرتهن إلاّ خدمة المدبّر ، وفاقاً لجماعة وقد سلف » والذي سلف له في كتاب التدبير جواز البيع ، قال : « وصريح الرجوع رجعت في تدبيره ، أو نقضت ، أو أبطلت وشبهه ، دون إنكار التدبير ، أما لو باعه أو وهبه ولمّا ينقض التدبير ، فأكثر القدماء على أنه لاينقض التدبير ، فقال الحسن: « يبيع خدمته ، أو يشترط عتقه على المشتري، فيكون الولاء له» وقال الصدوق: « لا يصحّ بيعه إلّا أن يشترط على المشترى اعتاقه عند موته » . وقال ابن الجنيد : « تباع خدمته مدة حياة السيّد » . وقال المفيد : « إذا باعه و مات تحرّر ولاسبيل للمشترى عليه » . وقال الشيخ في النهاية : « لايجوز بيعه قبل نقض تدبيره ، إلاّ أن يعلم المشترى بأن البيع للخدمة » . وتبعه جماعه و الحليّون إلاّ الشيخ يحيى ، على بطلان التدبير بمجرد البيع ، وحمل ابن ادريس بيع الخدمة على الصلح مدة حياته ، والفاضل على الاجارة مدة فمدة حتى يموت ، وقطع المحقق ببطلان بيع الخدمة ، لأنّها منفعة مجهولة ، والرّوايات مصرّحة بها [1] ، و أن رسول الله صلى الله عليه وآله باع خدمة المدبّر ، ولم يبع رقبة ، وعورضت برواية محمد بن مسلم [2] ، هو مملوكه ، إنشاء باعه ، وإنشاء أعتقه » وأجيب بجعل البيع على الرجوع قبله ، توقيفاً ، والجهالة في الخدمة غير قادحة ، لجواز استثناء هذا ، على أن المقصود في البيع في جميع الأعيان هو الانتفاع ولاتقدير لأمده ، فالعمل على المشهور ، وتخريجه ـ علي تناول البيع الرقبة، ويكون

---

(١) الوسائل الباب ـ ٣ ـ من ابواب التدبير الحديث ـ ٤ ـ .

(٢) الوسائل الباب ـ ١ ـ من ابواب التدبير الحديث ـ ١ ـ .

كمشروط العتق - باطل بتصريح الخبر ، والفتوى بتناول الخدمة دون الرقبة » .

قلت : قد يظهر من المفيد خلافه ، بل يمكن تنزيل بعض عبارات غيره عليه ، على أن يكون إطلاقهم بيع الخدمة منزّلاً على أنه لا ثمرة معتداً بها لهذا البيع إلاّ الخدمة ، بل يمكن تنزيل الرّوايات على ذلك ، محافظة على قاعدة عدم وقوع البيع على المنافع ، واحتمال تخصيصها بذلك موقوف على قابليتها ، إذ هي -

خبر السّكوني [1] « عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال : « باع رسول الله صلى الله عليه وآله خدمة المدبّر ولم يبع رقبة » .

وخبر أبي مريم [2] « سُئل أبوعبدالله عليه السلام عن الرّجل يعتق جارية عن دبر أيطأها إنشاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها مدة حيوته ؟ فقال : نعم أيّ ذلك شاء فعل » .

وخبر عليّ [3] « سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل أعتق جارية له عن دبر في حياته قال : إن أراد بيعها باع خدمتها في حياته فإذا مات أعتقت الجارية ، وإن ولدت أولاداً فهم بمنزلتها » .

وخبر أبي بصير [4] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العبد والأمة يعتقان عن دبر فقال : لمولاه أن يكاتبه إن شاء ، و ليس له أن يبيعه إلاّ أن يشاء العبد أن يبيعه قدر حياته ، وله أن يأخذ ماله إن كان له مال » .

والجميع لا صراحة فيها ، بل هي قابلة للتنزيل على ما ذكرنا ، بل خبر أبي بصير منها كالصّريح فيه ، وإن كان لا قائل بما فيه من اشتراط مشيئة العبد ، بل نوقش في أسانيدها جميعاً بالسكوني ، وأبان ، والقاسم بن محمد ، و اشتراك أبي بصير . وإن كان يدفعها عمل من عرفت بها ، وسكون الأصحاب الى اخبار السكوني ، وعدم قدح اشتراك أبي بصير بعد عدالة الجميع ، كما حرّر في محلّه ، بل لعلّ رواية عاصم عنه هنا يعين أنه «ليث» ، مضافاً إلى رواية الجميع في التهذيب والاستبصار ؛ بل خبر أبي مريم

(١) (٢) (٣) (٤) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب التدبير الحديث - ٤ - ١ - ٣ - ٢ - .

وأبي بصير منها قد رواه في الفقيه أيضاً ، بل الأوّل منهما قد أرسله الصدوق في الهداية أيضاً .

ومن الغريب مافي الحدائق في المقام من أني لم أقف بعد التتبع على رواية جواز بيع الخدمة ، والموجود في كلام جملة منهم إنّما هو بهذا العنوان من غير نقل مضمونها ومنه يظهر قوة القول بالعدم ، لما عرفت فيما تقدم من تعليل عدم صحّة بيع المنفعة ، مع عدم وجود مايعارضه ويوجب الخروج عنه ، والرّواية المذكورة غير معلومة ، لعلّها من روايات العامّة .

و اغرب منه مافي مفتاح الكرامة حيث رده بأن هذه الرواية قد اعترف بها المحقق والعلاّمة وغيرهما ، بل قال الشهيد : والرّوايات مصرّحة بها ، فكان هناك روايات وليس مايحكونه إلاّ كمايروونه ، وقدروى في الهداية عن الصادق عليه السلام إلى آخر خبر أبي مريم ، ثم قال فلاتصغ إلى مافي الحدائق من احتمال كونها من روايات العامة ، حيث لم يقف عليها بعد التتبع ، إذهمامعاً كماترى .

وكيف كان فبناءً على أنّ ماجاز بيعه جاز رهنه ، لامناص عن العمل بها ، إن لم يكن المراد منها ماذكرنا ، المؤيّد بموافقة بيعه مدبراً للضّوابط في الجملة ، ضرورة عدم خروجه بالتدبير عن الملك المقتضي لجواز سائر التصرفات ، وهذا الّذي يعبر عنه ببيع الخدمة ، ويمكن تنزيل تلك العبارات أو أكثرها عليه ، ويبقى قاعدة عدم جواز بيع المنافع على حالها الذي لم يخصّصها أحد منهم في كتاب البيع وغيره والله أعلم .

وأمّا الثاني : وهو اعتبار الملك فلا أجد خلافاً في اشتراط كونه ممّا يملك ، فلايصحّ رهن غير المملوك كالحشرات والخمر والخنزير للمسلم ، كماستعرف ، لعدم إمكان استيفاء الدّين منه ، كما أنه لاأجد خلافاً في اشتراط كونه مملوكاً للراهن أومأذوناً فيه ، لعدم التمكن من استيفاء الدين منه بدون ذلك .

﴿ و﴾ حينئذ فـ ﴿ لو رهن ما لايملك لم يمض ووقف على اجازة المالك ﴾ لأن الظاهر جريان الفضولي فيه ، بناء على موافقته للضّوابط ، أو أنه أولى من النّكاح الوارد فيه ذلك ، أولأنه ثابت في البيع ولم يفرق أحد فيه وبين غيره من العقود

فتوقف بعض متاخري المتأخرين فيه هنا - وإن قلنا به في البيع - في غير محله .

واحتمال - أنه على غير قياس الفضولي ، لأنه ليس رهناً على دين المالك له بغير إذنه - واضح الضعف ، ضرورة عدم الفرق بينهما بعد فرض تأثير الأذن السابقة فيهما معاً ، فليس إلا تأخيرها وهو غير قادح فيهما معاً ، فهو إن لم يكن على قياس الفضولي فحكمه حكمه بلا خلاف أجده بين من تعرض له ، فلا ينبغي التوقف في القسمين معاً .

بل لايبعد صحة رهن التبرع كالوفاء والضمان ، فلو رهن مال نفسه على دين رجل آخر من غير إذنه بل مع نهيه صح ، كما نص عليه في التذكرة ، لاطلاق الأدلة .

نعم يتوقف على إذن المديون لو رهنه عنه بعنوان الوكالة مثلاً ، و لو رهنه متبرعاً في أصل الرهنية ، لكن قصده مع ذلك الرجوع على المديون لو بيع بالدين فإن أجاز الديان ذلك احتمل الالزام به ، وإلا كان رهناً ولارجوع له عليه ، ولعل مثله يجري في وفاء الدين .

﴿وكذا﴾ في التوقف على الأجازة ﴿لو رهن ما يملك وما لايملك﴾ في عقد واحد لكن إذا فعل ذلك ﴿مضى في ملكه ، ووقف في حصة شريكه﴾ إن كان مشتركاً بينهما ﴿على إجازته﴾ وكذا إذا لم يكن مشتركاً ، والاشكال في تبعض الصفقة هنا كالبيع واضح الدفع ، كما حرر في محله ، كالاشكال في أصل رهن المشاع من أبي حنيفة محتجاً بعدم إمكان قبضه وهو خطأ محض ، وبأنه قد يصير جميع ما رهن بعضه في حصة الشريك ، وهو - مع أنه أخص من الدعوى ، إذ لا يجرى إلا في رهن الحصة المشاعة من بعض معين في الدار المشتركة مثلاً - يمكن أن يكون الحكم فيه بناء على صحة إلزام الراهن بالقيمة لأنه كاتلافه ، ويمكن أن يكون كالتلف من الله سبحانه فلايلزم بشيء ، ويحتمل بناء الحكم فيه على الاختيار والاجبار فالأول كالاتلاف ، والثاني كالتلف ، ولعل القول بالالتزام على كل حال أولى ، لأنه قد حصل له في ذلك الجانب مثل ما رهنه .

إلاّ أنه قد يقال بكون الرّهن ما قابله من حصّة الرّاهن لاالقيمة ، كما أن الظاهر توقف صحّة القسمة على إذن المرتهن كباقي التصرفات ، لكنه أطلق في الدروس فقال : « لو رهن نصيبه في بيت معين من جملة دار مشتركة صحّ ، لأنّ رهن المشاع عندنا جائز ، فإن استقسم الشريك و ظهرت القرعة لهعلى ذلك البيت ، فهو كاتلاف الرّاهن يلزمه قيمته ، و لايلحق بالتلف من قبل الله تعالى » و نحوه عن التذكرة .

وعلى كل حال فرهن المشاع لا اشكال فيه عندنا ، بل ولاخلاف ، بلقد عرفت أن ظاهر الدروس الإجماع عليه ، بل عن صريح الغنية ذلك ، بلفي التذكرة يصحّ رهن المشاع سواء رهن منشريكه ، أومن غير شريكه ، وسواء كان ذلك ممّا يقبل القسمة أو لايقبلها ، وسواء كان الباقي للرّاهن أو لغيره ، مثل أن يرهن نصف داره أونصف عبده ، أوحصّة من الدّار المشتركة بينه وبين غيره عند علمائنا أجمع ، فذلك كله مع إطلاق الأدلة الحجة على أبي حنيفة .

نعم يعتبر في الرّهن أصل الملكية كماعرفت ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿ لورهن المسلم خمراً﴾ اوخنزيراً أو نحوهما مما لا يملكه المسلم﴿ لم يصح ﴾ بلاخلاف أجده فيه ، ﴿ولو كان عندذمّي﴾ لعدم ملكية الراهن لهاوعدمسلطنة على بيعها ووفاء دينه منها .

﴿ ولورهنها الذمي عند المسلم ، لم يصح أيضاً ، ولووضعها على يد ذمّي ، على الأشبه ﴾ الأشهر بل المشهور شهرة عظيمة ، بل لا خلاف أجده فيه إلاّ من المحكي عن المبسوط والخلاف في خصوص مالووضعه على يدذمّي ، قال : « إذا استقرض ذمي من مسلم مالا ، ورهن بذلك خمراً يكون على يد ذمي آخر يبيعها عند محل الحق فباعها وأتى بثمنها جازله أخذه ، ولايجبر عليه » وزاد فيالأخير أن له أن يطالب بما لايكون ثمن محرّم ، وقد يقال : بعدم صراحته في الخلاف ، خصوصاً الأخير ، بل مراده جواز أخذ الثمن ممّا جعله الذمي رهنا عند ذمي آخر على هذا الدّين ، و إنكان رهناً فاسداً .

والتعليل ـ بأن الحق في وفاءالدّين للذمي ، فيصح الرّهن كمالوباعها ووفاه

ثمنها ، لأن الرّهن لايملك للمرتهن ، وإنّما يصير محبوساً عن تصرف الوارث ـ لم نجده له ، وكأنه لغيره ، ذكره له ' ورده بأن يد الذمّي الودعي كيد المسلم الذي لابدّ من اعتبار تسلطه على البيع ، والاستيفاء من الرّهن ، وهو هنا ممتنع ، وإنكان قديناقش فيه بمنع كون يده ، يده ، ضرورة عدم لزوم كونه وكيلاً عنه ، لعدم اشتراط استدامة القبض .

نعم المانع ماأشرنا إليه . من عدم صحّة تعلق حقّ المسلم في الخمر على الوجه المزبور ، وهو معتبر في المرتهن .

و على كل حال فخلافه غير متحقق ، وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه ، لعدم صحّة تعلق حق المسلم في الخمر المنهي عن قربها على وجه يسلّط هو أو الحاكم على بيعها والاستيفاء منها، بل لعلّه كذلك فيما لومات الذمي المديون لمسلم ، أو فلس ولم يكن عنده إلاّ خمر أوخنزير ، ولاينافي ذلك جواز أخذ ثمنها منه لوباعها ، إذليس هو تعلق بها ، ولذلك ليس له جبره على بيعها ، ولااشتراط ذلك في عقد لازم ، بل ليس له أن يأمره بذلك ، لكونه محرماً على الذمي ، إذهو مخاطب بالفروع ، وكذا لاريب في ضعف ماسمعته منه من جواز الامتناع عن قبض ثمنه ، وفاء مع فرض كونه مثل الحق ، ضرورة عدم الفرق بينه وبين غيره بعد جواز تناوله منه كماهو واضح .

﴿ ولورهن أرض الخراج ﴾ كالمفتوحة عنوة والتي صولح أهلها على أن تكون ملكاً للمسلمين وضرب عليهم الخراج ﴿ لم يصح ﴾ عند المصنف والجماعة ، ﴿ لأنها لم تتعين لواحد ﴾ من المسلمين ﴿ نعم يصح رهن مابها من أبنية و آلات وشجر ﴾ لكونها مملوكة لصاحبها ، بخلافها هي كما أنه يصح رهنها مع الآثار ، بناء على أنها تملك تبعاً لآثار التصرف ، بل لا يبعد حينئذ صحّة رهنها نفسها دون الآثار ، لكونها مملوكة مادامت الآثار ، كماعساه يظهر من الدروس ، خلافاً للمسالك فقال : « إلاّ صحّ جواز رهنها تبعاً لآثار التصرف من بناء وشجر ونحوهما لامنفردة » إلا أنّ الأمر سهل .

انّما الكلام مع العلاّمة وغيره ممّن جوّز بيعها تبعاً للاثار ، ومنع من

رهنها كذلك ، ضرورة أن المتجه لهجواز رهنها تبعاً للآثار ، لعدم الفرق، واحتماله باعتبار أن الآثار قدتزول قبل حلول أجل الدين ، فلايصح بيع الأرض،أو باعتبار أن الأخبار هناك دلت بظاهرها على جواز بيعها مطلقا ، فنزلت على ما إذا تصرف فيها بهما ، ولم يردهنا شيء - كماترى ، خصوصاً بناء على قاعدة ماجاز بيعه جاز رهنه ، هذا . وقد قيد جماعة البناء بماإذا لم يكن معمولاً من ترابها ، وإلاكان حكمه حكمها ويمكن دعوى كون السيرة في الآجر والأواني وغيرها على خلاف ذلك .

﴿ و﴾ أمّاالثالث : فلاريب في اعتباره بناء على اشتراط القبض في الصحّة فـ﴿لو لورهن مالايصح ﴾ ولايمكن ﴿ اقباضه كالطير في الهواء ﴾ غير معتادالعود ﴿والسمك في ﴾ غيرالمحصور من ﴿ الماء ﴾ بحيث يتعذر قبضه عادة ﴿ لم يصحّ رهنه ﴾ - ، بل وعلى عدمه لعدم الأستيثاق بمثل ذلك .

لكن في المسالك « أنه يمكن القول بالصحّة ، لعدم المانع » وتخيّل تعذر استيفاء الحق من ثمنه ، لعدم صحّة بيعه ، يندفع بامكان الصّلح عليه ، وكلية - ما صحّ بيعه صحّ رهنه ، - ليست منعكسة عكساً لغوياً وقد تقدم مثله في الدين وهو لايخلو من وجه ، مع فرض امكان الاستيفاء بصلح ونحوه ممّا لا يكون نادراً ، وإلاّ لم يخل من نظر ، كما في الرياض ، فان مجرد الامكان مع النّدرة غاية غير محصّل للمقصود الذاتي بالرّهن ، وهو الاستيثاق ومعه لايحصل ظنّ بتناول ما دلّ على لزوم العقود لمثله، و لعلّه لذا اشترط الشرطين من لم يشترط القبض .

وكيف كان فاذاكان معتادالعود والماء محصوراً فالصحّة متجهة على التقديرين كما صرّح به بعضهم ، وهل العبرة بامكان الاقباض عند التسليم ؟ أوعند العقد ؟ فلو رهن مالايمكن إقباضه عندالعقد فاتفق القدرة عليه فأقبضه ، صحّ على الأوّل ، وبطل على الثاني .

ولورهن ممكن الأقباض عندالعقد ، فاتفق تعذره بعده ، صح الرّهن إذاتمكن من إقباضه بعد ذلك على التقديرين ، ولعلّ الأمر في المقام على حسب ماتقدم في البيع

بالنّسبة إلى اشتراط القدرة على التسليم ، التي هي في المقام أولى بالاعتبار ، بناء على اشتراط القبض فيه ، وإن كان مقتضى الأصل المستفاد من اطلاق الأدلة عدم شرطية كل ما شك فيه ، فتأمّل جيّداً فإنه يمكن الفرق بين البيع و بين المقام باعتبار عدم الغرر في الأوّل ، دون الثّاني ، الذي لاسفه أيضاً في إيقاع عقد الرّهن عليه مراعى بالقبض ، بخلاف المعاوضة ، ومن هنا ينقدح الشك في أصل الشرطية إن لم يكن اجماع حتى على القول باعتبار القبض ، والله العالم .

﴿وكذا لو كان ممّا يصحّ إقباضه و﴾ لكن ﴿ لم يسلمه ﴾ بناء على اعتباره في الصحّة ، ولم يلزم بناء على اعتباره في اللزوم ، وصحّ بدون التسليم ، بناء على عدم اعتباره في صحّة ، ولا لزوم ، إلاّ أنه ينبغي أن يعلم أن المراد من الأوّل ، بقاء الصحّة مراعاة ، إلى أن يحصل ما يقتضي الفسخ من قول أو فعل ، وإلا فعدم التسليم أعمّ من ذلك ، ضرورة عدم اشتراط مقارنة التسليم للعقد كما هو واضح .

﴿ وكذا لو رهن عند الكافر عبداً مسلماً أو مصحفاً ﴾ لنفي السّبيل في الكتاب العزيز ﴿ وقيل : ﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه ﴿ يصحّ ﴾ رهنه ﴿ و يوضع على يد مسلم ، وهو أولى ﴾ عند المصنف ، والفاضل والشهيدين وغيرهم لمنع تحقق السبيل بذلك ، لأنه إذا لم يكن تحت يده لم يستحق الإستيفاء من قيمته إلّا ببيع المالك ، أو من يأمره بذلك ، ومع التعذر يرفع أمره إلى الحاكم ليبيع ويوفيه ، ومثل هذا لا يعدّ سبيلاً ، لأن مثله يتحقق بالموت والتفليس ونحوهما .

وفيه : أن ذلك يقتضي جوازه وإن وضع في يده إذ لا تسليط له ، وإن كان في يده إلاّ بالطريق المزبور ، والفرض أنه غير سبيل ، ولو سلّم وكالته عن الرّاهن أمكن منع كونها سبيلاً للكافر ، بل هي من سبيل المؤمن كايداعه ونحوه ، بل يد المسلم هنا نحو يد الذمي التي قالوا هناك أنها لا تجدى في ارتهان المسلم الخمر ، لكونها يد المرتهن ، فالمتجه بناء المسألة على صحّة تعلق حق الرّهانة للكافر في المسلم والمصحف ، وعدمها ، من غير فرق بين الوضع على يد المسلم وعدمه ، ولعلّه لذا أطلق

المنع في التذكرة وغيرها ، بل ربما ادعي أنه معقد محكي الاجماع .

لكن الانصاف عدم خلو القول بالصحة مطلقا من قوة ، إن لم يثبت إجماع على خلافها لمنع كونه سبيلاً ، بل هو أسهل من إجارة المسلم نفسه للكافر ، ولا بأس بتعلق حق الكافر بهما كما في الموت والتفليس ، وبه يفرق بينه وبين تعلق حق المسلم في الخمر ، والخنزير ، إلا أنه يمكن دعوى تحقق الاجماع مع الوضع في يد الكافر بخلاف الوضع على يد المسلم والله أعلم .

﴿و﴾ أما الرابع : فلاريب فيه لعدم التمكن من استيفاء الدين منه بدونه فـ﴿ لو رهن وقفاً لم يصح﴾ إذ لا يجوز بيعه ، وإن كان مملوكاً كالموقوف عليه ، وعلى تقدير جوازه على بعض الوجوه يجب أن يشترى بثمنه ملكا يكون وقفا ، فلا يتجه الاستيفاء منه مطلقا ، ومايباع للحاجة قد يتطرق إليه في وقت الاحتياج إلى بيعه عدمها ، فلا يكون مقصود الراهن حاصلاً ، ولعله لذلك أطلق من تعرض له ، لكن قد يمنع منافاة هذا الاحتمال للرهن ، كما في الجاني والمرتد هذا .

وفي المسالك « لو قيل بعدم وجوب إقامة بدله أمكن رهنه حيث يجوز بيعه » ونحوه في غيرها أيضاً ، وحينئذ فإطلاق من تعرض هنا ، لعدم جواز ذلك عنده ، أو لعدم وثوق الراهن ، إذ يمكن انتقاله قبل بيعه إلى غير الراهن بموت ونحوه مثلاً ، بناء على قدح مثل هذا الاجمال في الرهن ، وتحرير المسألة قد تقدم في كتاب البيع ونماؤه إنما يكون رهناً تبعاً ، لأن عقد الرهن يكون عليه قبل تحققه .

وكذا لا يصح رهن منذور العتق مطلقاً أو مقيداً بالتعجيل ، أو بوصف كمجيء وقت ، أو شرط كعافية مريض ، بناء على عدم جواز بيعه . ومن الغريب أن الفاضل في التذكرة مع اشتراطه في الرهن ذلك ، جوز رهن المعلق على الوقت ، أو الوصف ، ثم قال : «وهل يباع لو حل الدين قبل الوصف ؟ الأولى المنع ، لأنه وان لم يخرج عن ملكه بنذر ، إلا أنه قد تعلق به حق لله تعالى ، وبيعه مبطل لذلك الحق » و لعله لا يخلو من وجه في الوصف ؛ أي الشرط لأصالة عدم حصوله ، ولذا خص التردد فيه في

القواعد ، والدروس ثم قال في الأخير : «وعلى الصحّة لو وقع الشرط ، أعتق وخرج عن الرهن ، ولا يجب اقامة بدله إذا كان المرتهن عالماً بحاله ، وإلّا فالأقرب الوجوب هنا» .

وفيه : منع كون ذلك الأقرب ، كما أن الوجه عدم الصحّة في أصل المسألة ، لأن ذلك لا يسوغ البيع للمالك . فلا يجدي الرّاهن ، بخلاف احتمال قتل العبد بالجناية ونحوها ، فان ذلك لا يمنع البيع للمالك ، واحتمال صحّة البيع لعدم حصول الشرط غير كاف في صحّة الرّهانة كما هو واضح ، فتأمّل جيّداً .

ثم إنه ينبغي أن يكون المراد من البيع مطلق النقل ولو بالصلح ، فلو اجتمع فيه الشرائط المزبورة إلّا انه لا يصحّ خصوص بيعه ، و إن صحّ الصلح عليه صح رهنه ، ضرورة عدم اختصاص البيع بذلك بعد امكان الاستيفاء منه ، وحينئذ فلا يجوز رهن كل ما لا يجوز للمالك نقله ، وإن كان عيناً مملوكة له يمكن قبضها ، ومنه المكاتب ولو مشروطاً ، لأن الكتابة عقد لازم لا يمكن استيفاء الدّين معها ، واحتمال العجز في المشروط غير مجد ، وأمّا أمّ الولد فتسمع الكلام فيها في آخر المبحث انشاءالله .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿يصح الرّهن﴾ للمشترى ﴿في زمن الخيار ، سواء كان للبايع ، أو للمشترى ، أولهما ، لانتقال المبيع بنفس البيع على الأشبه﴾ خلافاً للشيخ حيث حكم بعدم الانتقال ، لو كان الخيار للبايع أو لهما إلّا بعد مضي زمن الخيار ، وقد تقدم ما فيه سابقاً ، لكنّه أشكل في المسالك الرّهن على الأول أيضاً ، فيما إذا كان الخيار للبايع أولهما بما فيه من التعرض لابطال البايع ومثله بيعه ، وما اشبهه من الأمور النّاقلة للملك ، قال : «وتحرير المسألة يحتاج إلى تطويل . نعم لو كان الخيار له خاصّة فلا إشكال ، ويكون الرّهن مبطلاً للخيار ، وكذا يجوز للبايع رهنه لو كان الخيار له ، أولهما ، ويكون فسخاً للبيع» .

قلت : قد تقدّم منّا في باب الخيار ما يعلم منه تحرير المسألة ، ونزيد هنا أن الصّور ستّة ، اذ الخيار إمّا للبايع ، أو للمشترى ، أولهما ، والرّاهن البايع ، أو المشتري ، فإن كان الأوّل : وقد رهنه هو كان فسخاً ، ولا يشكل صحّة الرّهن بعدم

الملك قبله ، إذ الظاهر حصوله في مثله في آن ما قبله ، بل لعلّ القصد المتعقب للرّهانة كاف في الفسخ . وإن كان المشترى ، فقد عرفت سابقاً أنّ الاحتمالات في بيعه ثلاثة ، نفوذ البيع ومطالبة ذي الخيار لو فسخ بالمثل أوالقيمة ، وبطلان البيع وصحّته متزلزلاً ، فعلى الأوّل لاينبغى التوقف في صحّة الرّهانة ، كما أنه لاينبغى التأمل في البطلان على الثانى ، أمّا الثالث : ففي الصحّة وعدمها عليه احتمالان ، أقواهما الصحّة .

وإن كان الثّاني : والرّاهن البايع ، فان أجاز المشترى الخيار والرّهانة صحّ ، وانأجازه دونهابطلت ، وإن فسخ الخيار ففيصحّة الرّهانة وجهان ، ينشئآن من وقوع الرّهانة فيغيرملك ، ومن أولويته منإجازة المالك ، وأما إذاكان الرّاهن المشتري فلاريب في أنه إجازة ، ولا يأتي فيه الإشكال السابق ، ومن ذلك يعلم الحال في باقي الصور .

ورهن الواهب الموهوب الذي يصحّ لهالرجوع فيه فسخ للهبة ، كرهن البايع ذي الخيار المبيع ، بل وكذا رهن غريم المفلس عينهالتى لهالرجوع فيها ، والاشكال المتقدّم سابقاً قدعرفت دفعه .

نعم يحتمل جعل المدار على مادل على جواز تصرّف ذي الحق فماثبت كونه كذلك وجب القول بتقدير الفسخ في آنمّا ، وإلاّ لم يجز حتى يفسخ محافظة على الضوابط هذا . وفي الدروس « ولو رهن غريم المفلس عينه التي لهالرجوع فيها قبله ، فالأجود المنع ، وأولى منه لورهن الزّوج نصف الصداق قبل طلاق غير الممسوسة ، ورهن الموهوب في موضع يصحّ فيه الرجوع كرهن ذي الخيار » وقديريد في الأوّل قبل الفلس ، وإلاّ لمتجد فرقاً بينه وبين رهن الموهوب والله أعلم .

﴿ ويصح رهن العبد المرتد ﴾ لا عن فطرة والأمة والخنثى مطلقا ، بلاخلاف صريح أجدهفيه ، للأصل والعمومات فيالبيع والرهن وغيرهما ، واحتمال عدم التوبة غير مناف لماليته ، كاحتمال عدم برء المريض ، بل قد يقوى الجواز ﴿ ولو كان عن

فطرة ﴾ لذلك أيضاً ، وفاقاً للشيخ ، ويحيى بن سعيد والفاضلين والفخر في شرح الإرشاد ، والشهيدين ، وغيرهم على ماحكي عن بعضهم ، للأصل والعموم السابقين ، بل ربما ظهر من بعضهم المفروغية من بيعه ، فينبغي أن يكون رهنه كذلك ، لوجود المقتضي وارتفاع المانع .

ودعوى ــ انه بمنزلة مالانفع فيه ، أوغير المملوك ، أوالمستحق للغير ، أو نحو ذلك مما يمنع جواز بيعه أيضاً ــ واضحةالبطلان ، كدعوىالفرق بين البيع والرّهن بامكان الانتفاع به في الأوّل منفعة حالية ، بخلاف الثاني ، الذي يراد منه الوثوق المفقود في المقام ، لاحتمال قتله ، إذنمنع اعتبار الوثوق فى الرهن بحيث يقدح فيه مثل ذلك ، خصوصاً في مثل هذه الأزمنة المتعذر إقامة الحدّ فيها ، بناء على أنه وظيفة الإمام ، وانمنه حدّ المرتد ، بلولوقلنا بوجوب قتله على سائر المكلفينالذين منهم الرّاهن والمرتهن ، لميمنع ذلك تعلق حق الرّهانة فيه مادام غير مقتول .

والحاصل لاينبغيالتأمّل في الجواز بناء على جواز بيعه ، كما أنه لاينبغى التأمّل فى العدم ، على تقدير العدم ، ولعلّ الأقوى جوازهما معاً ، لاطلاق الادلة وعمومها ، فما عن أبي عليّ ــ من عدم جواز رهن المرتد ، بل مقتضى اطلاقه وإن لم يكن فطرياً ، للخروج عن الملك واضح الضّعف خصوصاً في غير الفطري ، وإن وافقه الفاضل فيالتذكرة في الفطرى ، واستشكل فيه فيالقواعد ، قيل : وربّما مال إليه فى الإيضاح ، ولعلّه لعدم قبول توبته ظاهراً وباطناً ، فيكون من الأعيان التي لم تقبل التطهير ، فلايجوز بيعه فلايجوز رهنه ، وإن كان قد يمنع العموم للاعيان النجسة بحيث يشمل ذلك المسبوق بالملك ، وليس نفعه بمباشرته ، فتأمّل جيّداً والله أعلم .

﴿و﴾ كذا رهن ﴿الجاني خطأ﴾ على المشهور ، بلظاهر تخصيص المصنف التردد فى العمد عدم الخلاف فيه . وهو كذلك من غير المحكي عن المبسوط ، لكنّه أبطل الرّهن فيه ، وفيالعمد ، فلاجهة لاختصاصه بالعمد حيث قال ﴿ وفي العمد تردّد ﴾ بناء على أن المنشا ذلك .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿الأشبه﴾ باصول المذهب ﴿الجواز﴾ فيهما لحصول المقتضي الذي هو استجماع شرائط الرّهن حال الرّهانة ، وعدم المانع ، إذلم يثبت مانعية حق الجناية عن البيع ونحوه ، فضلاً عن الرّهانة ، واحتمال القصاص والاسترقاق للكل أو البعض غير قادح ، كما إذا جنى وهو رهن ، إذ لايعتبر في الاُستيثاق نفي سائر الاحتمالات ، بل قد يقال في مثل الجاني خطأً انه إذا رهنه المولى التزم بفكّه لأن الخيار بيده ، فيكون ذلك منه إختياراً للفكّ ، فلا إشكال حينئذ في الصّحة ، ومنه ينقدح وجه اختصاص المصنف التردّد في العمد الذي يكون الخيار فيه لغير المولى .

وعلى كل حال فحق الجناية مقدم على حق الرّهانة ، تقدم أو تأخّر بلاخلاف بل ولا إشكال ، لتعلق حق الجناية بالرّقبة ، بحيث يذهب بذهابها ، بخلاف حق الدين الذى وضع الرّهن بسببه ، فإن فك منها حيث يمكن الفك بقي حق الرّهانة ثابتاً وإلاّ بقي الفاضل عن حق الجناية رهناً إن لم يكن مستوعباً تمام الرقبة .

ولو أقرّ المرهون بالجناية وصدّقه الراهن والمرتهن فكالجاني ، بخلاف ما إذا صدقه الرّاهن خاصّة ، أما لو كان المصدّق المرتهن ففي الدروس بطل الرهن ، إلاّ أن يعفو المجني عليه أو يفديه أحد ، أو يفضل منه فضل عن الجناية ، ويحتمل بقاء الرّهن ، لعدم صحّة اقرار المرتهن ، واعتراف الرّاهن بالصحّة .

قلت : لاريب في ضعف الإحتمال حيث يكون للجاني الإسترقاق وقد استرق إذ صحة احتمال الرّهن مع علم المرتهن بكونه مال الغير في غاية الضعف ، كضعف احتمال رجوع المجني عليه على الرّاهن لو بيع الرّهن لتكذيب المرتهن ، وإن كان قد أُخذ ثمنه عن دين الرّاهن الذى لم يقصر فى الإقرار ، وإن كان لم ينفذ على المرتهن .

نعم له دفعه إليه على جهة المقاصّة ، ولو قال الرّاهن : أعتقته أوغصبته أوجنى على فلان قبل أن أرهنه ، حلف المرتهن على نفي العلم ، وغرم الرّاهن للمقر له ، للحيلولة ، ولو نكل فالأقرب إحلاف المقرّ له ، لأنّ الحق له ، لا للرّاهن ، لعدم

جواز الحلف لإثبات مال الغير ، فإذا حلف المجني عليه ، بيع منه ما قابل الجناية وبقي الفاضل رهناً ، وإن حلف العبد حكم بحرّيته ، ولو نكل المقرّ له ، احتمل ضمان المولى للحيلولة ، والعدم للتقصير بالنكول ، والمراد من الضمان للعبد أن يفكّه من الرّهن ، فإن لم يفعل وقدبيع وجب فكّه من المشتري ولو بأضعاف قيمته بل الظاهر ضمانه منافعه التي استوفاها المشتري ، فضلاً عمّا استوفاها هو قبل الرّهانة .

نعم لايضمن مافات منها لعدم ضمان منافع الحرّ بالفوات ، ولوجنى العبدبعد الرّهانة ، ففكّه المرتهن على أن يبقى العبد رهناً على مال الفكّ والدين جاز مع رضا المولى لأن الحقّ لايعدوهما وقداتفقا عليه، بل في الدروس «انه لوشرط في الرّهن على الدين الثاني فسخ الأوّل ، ففي اشتراطه هنا بعد ، لأن المشرف على الزوال إذا استدرك كالزائل العائد ، فالزّوال ملحوظ فيه ، فيصحّ الرهن عليه ، وعلى الدين السالف ، ويحتمل المساواة ، لأنه لمالم يزل فهو كالدائم ، والأصحاب لم يشترطوا الفسخ » .

وإن كان لايخفى عليك ضعف الوجه الأوّل ، إلاّ أن الذي يسهل الخطب ما ستعرفه فيما يأتي من أنه لايشترط في الرّهن على الثاني فسخ الأوّل بلاخلاف ، ولو كانت الجناية على المولى فان كانت عمداً اقتص منه ، وإن كانت خطأً أوعمداً ولم يرد القصاص ، لم يكن له أخذالمال من المرتهن ، لعدم ثبوت مال له على ماله ، وإلاّ لزم تحصيل الحاصل ، فيبقى الرّهن بحاله حينئذ .

نعم لودفع المرتهن له مالاً من نفسه لاسقاط حق القصاص ، محافظة على إبقاء الرّهن جاز ، إذليس هواثبات مال على ماله ، لكن أطلق في الدروس فقال : « لايجوز أخذ المال من المرتهن في الخطأ والعمد، ولاإفتكاكه » .

ولعلّه لايريد ماذكرنا ، فإن المتجه فيه الجواز ، كماأن المتّجه فيما لوجنى على مورث مولاه ثبوت ماكان للمورث من القصاص والافتكاك للمولى ، على ماصرّح به في الدروس ، لأنه باسترقاقه يكون بحكم مال المورث الذي يتعلق به وصاياه وديونه

ومنه ينتقل إلى الوارث ، أمالوجنى على عبد مولاه فلهالقصاص قطعاً إلاّ أن يكون أباً للمقتول ، وفي الدروس « وليس لهالعفو على مال إلاّ أن يكون مرهوناً عند غير المرتهن المجني عليه ، أو عنده واختلف الدينان ، فيجوز نقل ما قابل الجناية بدلاً من المجني عليه ، إلى مرتهنه » ولايخلو من نظر ، وتسمع انشاء الله تمام الكلام في هذه الأحكام عندتعرض المصنف لها .

وكيف كان فانكان المرتهن غير عالم بردّة العبد ، أوجنايته وقد اشترط رهنه في بيع تخيّر في فسخ البيع ، لان الشرط اقتضاه سليماً . نعم لوكان عالماً بهمالميكن لهخيار ، وكذالوتاب أو فدّاه مولاه ثم علم ، وإن اختار الإمساك في الأوّل فليس له المطالبة بأرش يكون رهناً ، للأصل كمالو قتل قبل علمه . والله أعلم .

﴿ ولورهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل ﴾ ولكن كان يمكن إصلاحه بتجفيف ونحوه صحّ بلاخلاف ، بل فيالمسالك قولا واحداً ، بل ولا إشكال ، ضرورة وجود المقتضي وارتفاع المانع ، ﴿ فـ ﴾ يجب حينئذ على الرّاهن الأصلاح ، لأن ذلك منمؤونة حفظه ، كنفقة الحيوان .

وكذا ﴿ إن شرط بيعه ، جاز ﴾ وإن لم يمكن إصلاحه بلاخلاف ولا إشكال لحصول المقصود بالرّهن بهذا الشرط ، فيبيعه الراهن حينئذ ، ويجعل ثمنه رهناً ، فان امتنع جبره الحاكم ، فان تعذر باعه المرتهن ، أو الحاكم دفعاً للضرر ، وجمعاً بين الحقين .

﴿ و ﴾ كذا لو كان ممّا لايفسد ﴿ إلاّ ﴾ بعد الأجل ، بحيث يمكن بيعه قبله ، أوكان الدين حالاً لحصول المقصود بالرهن مع ذلككله وأمّا إن لايمكن شيء منذلك ، وقد شرطالرّاهن فيما يفسد قبلالأجل عدم البيع قبلالأجل ﴿ بطل ﴾ الرّهن كما صرّح به جماعة ، بل لاأجد فيه خلافاً لمنافاته مقصود الرّهن حينئذ ، بل المراد من الشرط الرابع إمكان الإستيفاء منالرّهن عند ارادته .

لكن في المسالك احتمال الصحّة ، كما لو أطلق قال : « وشرط عدم البيع لا يمنع صحّة الرّهن ، لأن الشارع يحكم عليه به بعد ذلك صيانة للمال » وفيه أنه

لامعنى لحكم الشارع مع صحّة الشرط ، وإن كان باطلاً بطل الرهن المشترط فيه ، بناء على بطلان العقد بمثله .

نعم لو أُطلق إتّجه القول بالصحّة ، وفاقاً للفاضل ، والشهيدين ، والمحقق الثاني ، والمحكي عن غيرهم فيبيعه المالك عند خوف الفساد ، ويجعل ثمنه رهناً ، فان امتنع جبره الحاكم جمعاً بين الحقين ، ولتوقف صحّة الرّهانة المحمول عليها فعل المسلم على ذلك ، وخلافاً للمحكي عن الشيخ ، وظاهر ابني زهرة ، وادريس ، لعدم اقتضاء عقد الرهن بيع الرهن قبل حلول الأجل ، فلا يجبر عليه الراهن ، وحينئذ فلا يملك المرتهن استيفاء الدين منه عند حلول الأجل ، بل يكون كرهن المقطوع بعدم بقائه إلى الأجل ، وفيه منع عدم اقتضاء عقد الرّهن ذلك في مثل الفرض كماهو واضح .

ومن ذلك ظهر لك قوة ما أشار اليه المصنّف بقوله ﴿وقيل : يصح ويجبر مالكه على بيعه﴾ في صورة الأطلاق التي هي محل هذا القول بحسب الظاهر ، كما عن المبسوط حكايته كذلك ، لا الاعم منها ومن صورة الشرط التي قد عرفت قوة البطلان فيها ، هذا كله في المعلوم فساده قبل الأجل حال الرّهانة ، أما إذا طرء ما يقتضي فساده قبل الأجل بعدها ، فلا ينبغي التأمل في بقاء الصحّة حينئذ والبيع وجعل الثمن رهناً جمعاً بين الحقين .

والفرق بينه وبين ما سبق واضح ، بل الظاهر كون الحكم هنا كذلك ، وإن قلنا بالبطلان مع الأطلاق ومن هنا قال في الدروس : « وإن طرء الفساد بعد القبض لم ينفسخ العقد ، ولو قلنا ببطلان رهنه مع عدم شرط البيع ، لان الطاري لا يساوى المقارن» ومن ثم يتعلق الرهن بالقيمة لو أتلف الرّهن متلف وهي دين ، ولا يجوز رهن الدين ابتداء فحينئذ يباع و يتعلق بثمنه ، بل هو كذلك أيضاً وإن كان قد اشترط عليه عدم البيع قبل الأجل على جهة التأكيد ، إذ لم يكن المقصود من الشرط ما ينافي الرهانة نعم لو فرض تصريح المشترط بعدم البيع حتى مع طروّ المفسد ، أمكن القول بالبطلان فتأمّل جيّداً . ثم ان الظنّ بالفساد الذي ينافي الوثوق عرفاً كالعلم ، بخلاف الاحتمال

بل والشك ، بل وبعض أفراد الظن .

وكيف كان فمايتفرع على الشرط الرابع ممّا تركه المصنف عدم جواز رهن أم الولد ، فإنها وإن كانت عيناً مملوكة يمكن قبضها ، لكن لايجوز بيعها ، ومن هنا نسب المنع في المحكي عن الايضاح ، وحواشي الشهيد إلى الأصحاب .

لكن فيه أن المحكي عن أبي علي الجواز ، بل لم يستبعده في المختلف ، وفي جامع المقاصد فيه قوة ، بل قيل : إنه قد يظهر من موضعين من المبسوط ، وكذا الغنية ، بل هو الأقوى إذا كان في ثمن رقبتها مع اعسار مولاها ، وفاقاً للتحرير ، والدروس ، لوجودالمقتضي وارتفاع المانع ، واحتمال - يسار المولى قبل حلول الأجل فلايجوز بيعها ، فينتفي المقصود من الرّهن - غيرقادح بعد أن كان الاعسارمستصحباً مع أنه يمكن القول بأن له الحبس حينئذ ، حتى يفيه المولى ، بل قد يتجدد اعساره فلا تنتفي فائدة الرهانة أصلاً .

قال في الدروس : « لو رهنها فتجدد له اليسار انفسخ الرهن ، ووجب الوفاء ويحتمل بقاؤه حتى يوفي ، لجواز تجدد اعساره قبل الايفاء ، ولعله أقرب » فظهر من ذلك أن الاشكال في رهنها في الفرض كما في القواعدضعيف ، نعم يتجه المنع مع اليسار إذ احتمال كفاية حبس المال عن المالك في صحّة الرّهن وإن لم يجز بيعه خلاف المفهوم من الأدلة ، وإلاّ لجازرهن الوقف ونحوه ، كاحتمال الاكتفاء باحتمال تجدد الاعسار المجوز للبيع ، بعد فرض اقتضاء الأصل عدمه ، وفقد الشرط حال العقد ، فما في القواعد عن احتمال الجواز فيه في غاية الضعف ، وأضعف منه احتماله في غير ثمن رقبتها ، اكتفاء في الرهن بالحبس المزبور الذي قدعرفت ضعفه .

نعم قد يقال بجواز رهنها في بعض المواضع المستثناة من حرمة بيعها ، إذا تصور امكان رهنها فيه ، لكونه حينئذ رهنا فيما يجوز بيعها فيه .

ثم إنه لايتوهّم اقتضاء الشرط الرابع عدم جواز رهن الجارية بدون ولدها الصغير ، بناء على حرمة التفرقة بينها وبينه ، لعدم كون الرّهن تفرقة ، ولذا ادعي الأجماع على جوازه في محكي التذكرة والأيضاح .

وعن السرائر « يجوز رهن الجارية وإن كان لها ولد صغير إجماعاً » بل الظاهر ذلك وإن قلنا بجواز بيعها منفردة في الرهن ، لعدم لزوم الرّهن للتفرقة فلايحرم ، مع أن الأقوى وجوب بيع الولد معها لوأريد بيعها في الرهن ، لتوقف صحّة البيع الذي اقتضاه الرّهن على بيعه معها ، فيجب حينئذ مقدمة .

ومافي القواعد ـ من احتمال جواز بيعها منفردة ، ويقال : إنها تفرقة إضطرارية ـ واضح الضعف ، ضرورة عدم اقتضاء عقد الرهن بيعها منفردة ، و إن كانت قد رهنت كذلك ، فيضم ولدها حينئذ معها ، سواء باعها المالك أوبيعت جبراً عليه، ولذا ترك الأحتمال في الدروس وغيرها ، فيباعان حينئذ ، ثم يختص المرتهن بقيمة الأم وان نقصت بضمه إليها ، أمالو زادت فقيل : تقسم الزيادة على نسبة ثمن الجارية والولد فيختص المرتهن على النّسبة فلو قومت مع ولدها بمأة وعشرين ، ومفردة بمأة ، وولدها مفرداً بعشرة ، كان الزائد بالإجتماع عشرة ، فيقسم أحدعشر حصّة ، يختص المرتهن منها بعشرة ، والمالك بواحدة .

وقد يشكل ـ بعدم استحقاق المرتهن هذه الزيادة الحاصلة بانضمام غير المرهون من مال المالك ، فينبغي اختصاصه بها أجمع ، ولم يكن للمرتهن إلاّ قيمة الجارية منفردة ـ ويدفع بإمكان دعوى استحقاق المرتهن الإجتماع بعد فرض تعلق الرّهانة بها وهي ذات ولد ، بل قد يحتمل اختصاصه بها ، وأنه ليس للمالك إلاّ قيمة الولد منفرداً ، لكن العدل ، ملاحظة تساويهما في الزيادة .

وفي القواعد « تقوّم منفردة ، ومنضمة ، ثم ملاحظة النّسبة ، فلو قومت منفردة مثلاً بماءة ومنضمة بماءة وعشرين ، كان قيمة الولد السدس ، قال : ويحتمل تقدير قيمة الولد منفرداً حتى تقل قيمته ، فإذا قيل عشرة فهو جزء من أحد عشر لو كانت قيمة الأم مائة » .

وفي الدروس « إما أن يقوما جميعاً ثم يقوم الولد وحده ، أو يقوم الأم وحدها ، ومع الولد ، أوكل منهما وحده ، لأنّ الأم تنقص قيمتها إذا ضمت إليه لمكان اشتغالها بالحضانة . والولد تنقص قيمته منفرداً لضياعه ، ووجه تقويم الأم وحدها أنّ الرّهن

ورد عليها منفردة ، وهو قول الشيخ ، وكذا لو حملت بعد الارتهان وقلنا : بعدم دخول النماء المتجدد ، أو كان قد شرطا عدم دخوله » .

قلت : ما ذكره أخيراً يقتضي أن الزيادة كلها للمالك ، لأنها في قيمة الولد ، والنقصان الذى حصل في الجارية بالضم مستحق على المرتهن ، لعدم صحة بيعها بدونه وقد رضي بها رهناً وهو على هذا التقدير جيد ، كما أنه لو فرض زيادة قيمة الجارية به دون قيمة الولد ، يتجه اختصاص المرتهن بها ، إنما الكلام لو حصلت الزيادة لهما بالضم ، أو النقصان ، وقد عرفت الحال فيه فتأمل جيداً .

ثم إن ظاهر المصنف و غيره ممن اقتصر كاقتصاره على الشروط الأربعة ، عدم اشتراط أمر آخر غيرها ، لكن في القواعد « لا يصح رهن المجهول » ، و في المحكي عن مواضع من المبسوط ، بل عن الخلاف ، نفي الخلاف عن عدم صحة الرهن فيما في الحق . بل قيل: ظاهره نفيه بين المسلمين ، وفي التذكرة «لو كان ما في الحق مجهولاً لم يصح الرهن قطعاً في المظروف خاصة ، للجهالة على اشكال ، ويصح الرهن في الحق عندنا ، و إن تفرقت الصفقة إذا كان له قيمة مقصودة » .

و في الدروس « لا يصح رهن أحد العبدين أو العبيد لا بعينه ، للغرر ، بل قال : والظاهر أنه يعتبر علم الراهن والمرتهن بالمرهون مشاهدة أو وصفاً» وهو ظاهر الشيخ حيث منع من رهن الحق بما فيه للجهالة ، وجوزه الفاضل ، واكتفى بتمييزه عن غيره ، والشيخ نقل الاجماع على بطلان رهن ما فيه ، ويصح رهن الحق عنده .

قلت : إن تم هذا الاجماع كان حجة على خصوص معتقده ، و ما شابهه من المجهول من جميع الوجوه ، و إلا فالاطلاقات تقتضي الجواز ، ونفي الغرر إنما هو في العقود المبنية على المغابنة ، لا في مثل الرهن المبني على غبن الراهن للمرتهن ، كالواهب بالنسبة إلى المتهب .

قال في التذكرة في باب بيع الغائب : « الأقرب جواز هبة الغائب غير المرئي ولا الموصوف و رهنه ، لأنهما ليسا من عقود المغابنات بل الراهن والواهب مغبونان والمرتهن والمتهب مرتفقان ، ولاخيار لهما عند الرؤية ، كما إذا أرهنه المال الغائب ،

أو وهبه له ، لا نتفاء الحاجة اليه ، و معلوم أنه لاخيار لهما باعتبار هذين العقدين ، أمّا لوشرط في كل من الهبة والرّهن موصوفين في عقد البيع مثلاً فظهر بخلاف الوصف ثبت الخيار بالعارض ، و هو جيّد جداً .

نعم قد يتجه البطلان في غير المعين كأحد العبدين أو العبيد ، كما جزم به في المختلف ، و في حواشي الشهيد ، وجامع المقاصد «المراد بالمجهول الذي لايصحّ رهنه المجهول من جميع الوجوه ، أو من بعضها بحيث يمنع من توجّه القصد إليه ، و ما في الحق كالشاة من القطيع لا يتوجّه القصد إليها ، و أمّا المجهول لاكذلك ، كهذه الصّبرة ، إذا لم يعلم قدرها فلابأس به » .

قلت : يمكن منع عدم توجه القصد إلى ما في الحق ، بعد القطع بكونه مما يرهن ، و إن لم يعلم جنسه ولانوعه ، و من هنا كان ظاهر المختلف جوازه . نعم هو كذلك في الشاة من القطيع بعد إرادة الابهام الذى تنتفي معه الشرائط الأربعة ، بل لايصحّ رهنها مع ارادة الإطلاق ، لالأنّ المطلق لايمكن قبضه إلّا بقبض الفرد الذي هو غير مرهون ، إذ هو مع أنه غير تام - بناء على عدم اعتبار القبض إلّا إذا قلنا باعتبار كونه ممّا يقبض عليه أيضاً - واضح المنع ، ضرورة صدق قبض الكلي بقبض فرده ، بل لعدم جواز بيعه لوبقي على إطلاقه ، لعدم اشتراط القبض ، أو لأنه قبض الجميع مقدمة لقبض الواحد ، واحتمال استحقاق المرتهن على الراهن تعينه عند ارادة البيع فيصح حينئذ لذلك ، يمكن منعه للأصل و غيره ، وإن كان ذلك كله لايخلو من نظر بل منع ، ولو فرض أنه أرهنه شاة ، ثم عيّنها له و قبضها المرتهن لم يبعد الصّحة ، وكذا لوأرهنه صاعاً من صبرة ، وإن لم يقبضه بعينه ، وفي تنزيله على الإشاعة وعدمها الوجهان ، ولعلّ الأقوى الأوّل ، فتأمّل جيّداً .

فظهر من ذلك كله أن مالايجوز رهنه من المجهول ، لاينفك عن فقد أحد الشرائط الأربعة ، و غيره لم يثبت عدم جواز رهنه ، بل إطلاق الأدلة يقضي بخلافه ، وعدم معرفة مقابلته للحق في بعض أحوال الجهل غير قادح ، إذ لايعتبر في الرّهن إمكان استيفاء تمام الحق منه ، بل يكفي فيه الوثوق باستيفاء بعضه ، والله أعلم .

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في : الحق)

الذي يجوز أخذ الرّهن عليه ﴿ وهو كل دين ثابت في الذّمة ﴾ قبل الرّهانة أو مقارناً لها في وجه تسمعه انشاءالله يمكن استيفاؤه من الرهن ﴿ كالقرض ، و ثمن المبيع ﴾ والأجرة ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لا يصح ﴾ الرهن ﴿ فيما لم يحصل سبب وجوبه ﴾ أي ليس بثابت حال الرهن ﴿ كـ ﴾ مافي القواعد نحو ﴿ الرّهن على مايستدينه منه ﴾ أوعلى ثمن مايشتريه ﴾ فلو دفعه إلى المرتهن ثم اقترض لم يصر بذلك رهناً بلاخلاف أجده بيننا ، بل في التذكرة ، و جامع المقاصد ، الاجماع عليه ، بل ولا إشكال ، ضرورة ظهور أدلة المقام في كون الرّهن وثيقة على مال المرتهن ، ولايتصور الاستيثاق قبل حصول مال له عنده ، فلايشمله عموم الوفاء بالعقود ، بعد فرض عدم صدق الرّهن عليه ، كما هو واضح .

و ما عن أبي حينفة ، و بعض وجوه الشافعية ـ من الجواز ، و أنه يصير رهناً بالقرض ـ في غاية الضعف ، كدليله الذي مقتضاه حينئذ تأخر أثر الانشاء عن سببه الذي هوالعقد ، وهو معلوم الفساد عندنا ، بل لايصحّ الرهن على الأعيان التي ليست بمضمونة على من في يده ،كالوديعة والعارية غيرالمضمونة ونحوها بلاخلاف أجده ، بل الأجماع بقسميه عليه ، بل لعلّ المحكي منهما مستفيض ، وبه يخرج عن عموم الوفاء بالعقود ، لوكان مشمولاً لها باعتبار صدق الرّهن عليه عرفاً .

أما المضمونة كالمغصوبة والعارية المضمونة و المقبوض بالسوم و نحوها ، ففي الرياض أن الأكثرعلىعدم صحّة الرّهن بها ، ولعلّه للأصل بعد عدم دليل للصحّة ، لعدم الاجماع بعد استقرار فتوى الأكثر على الخلاف ، و اختصاص الآية و جملة من النصوص بالدين ، و عدم انصراف إطلاق باقيها بحكم التبادر إلى محل الفرض

والمراد بالعقود المأمور بالوفاء بها المتداولة في زمن الشرع ، وفي كون محل الفرض منها نوع شك وغموض . وان علم تداول جنس الرّهن ، و تسميته رهناً حقيقة في اللغة والعرف غير معلوم ، فلم يبق إلاّ الأصل المقتضي للفساد .

مضافاً إلى اقتضاء صحّة الرّهن بها صحّته في غير المضمونة ، ضرورة عدم الفرق بينهما ، إذ المراد من ضمانها ، الالتزام بالمثل أو القيمة عند التلف الذي هو غير معلوم الحصول ، فضمانها حينئذ متعلق على شرط ، كتعليق ضمان غيرها على التلف بالتفريط الذي لم يعلم حصوله ، فهما بالنسبة إلى ذلك سواء ، بل كل منهما مضمون عند العقد في الجملة ، وإن كان في الاولى بمجرّد التلف ، و في الثانية به مع التفريط ، و هو غير مجد .

لكن قد يناقش في ذلك كله ، بانقطاع الاصل باطلاق أدلة الرّهن الذي لاينافيه اختصاص مورد بعضها بالدين ، لصدق اسم الرهن الذي هو للأعمّ من الصحيح والفاسد عليه في عرف المتشرعة ، فضلاً عن اللغة الذي هو بمعنى الحبس ، فيشمله حينئذ إطلاق الادلة ، ويحكم بصحّته مع عدم العلم بالفساد .

كما أنه يحكم باندراجه في عموم الوفاء بالعقود ، وإن سلم إرادة المتداول منها في ذلك الزّمن ، إلاّ أنه يكفي في إثباته معلومية تداول الجنس مع معلومية صدق ذلك الجنس على فرده الذي لم يعلم فساده ، و خروج الرّهن على غير المضمون بالاجماع غير قادح ، على أنه قد يفرق بينهما بتعلق العهدة فيها بأحد الامرين عينها أو بدلها بخلاف تلك ، فانه لاعهدة فيها لامكان تلفها بغير تفريط ، فلاحق للمرتهن في بعض أحوالها .

وأمّا اشكال أصل الرّهن عليها ـ بأن المقصود من الرّهن استيفاء الحق المرهون عليه منه ، ولايعقل استيفاء الاعيان الموجودة من الرّهن ـ فواضح الدفع ، بأنه يكفي فيه التوثق به ، لأخذ العوض عند الحيلولة ، أو التلف الذي هو محل الحاجة ، ولذا جاز أخذ مال الغاصب المساوى لما غصبه أو المخالف مع الامتناع عن ردّ العين و تعذر جبره .

على أنّ إرادة استيفاء نفس الحق من المرهون لايتم في الدين المجمع على جوازالرّهن عليه ، ضرورة عدم كون الثمن عين الدين الكلي الذي اشتغل بهالذّمة إذ لاريب في مغايرته لجزئياته ، ولو في الجملة ، سيما على القول بأن وجوده في الخارج في ضمن الفرد ، لاعينه ، على أن ذلك كله في الرهن على الدين ، لامطلق الرهن المفروض شموله للرهن على العين الذي معناه ما ذكرناه .

و على كل حال فالاشكال من هذه الجهة واضح الفساد ، كل ذلك مضافاً إلى المعتبرة المستفيضة المتضمنة لنفي البأس عن الاستيثاق للمال ، كصحيح محمد بن مسلم[1] عن أحدهما عليهما السلام « سألته عن السلم في الحيوان والطعام ويؤخذ الرّهن ؟ فقال :نعم استوثق من مالك ما استطعت » و نحوه غيره الشاملة باطلاقها لمحل الفرض ، ضرورة صدق المالية عليه فلابأس بالاستيثاق له .

والمناقشة ــ بأن الاستيثاق بهذا الرّهن أوّل الكلام ، فانه لااستيثاق إلا بعد صحّته وعدم جواز رجوع الراهن فيه ــ واضحةالفساد ، ضرورةإرادة نفس الرهن من الاستيثاق فيها ، فالمراد أنه لابأس بأخذ الرهن للمال ، وهو شامل للدين والعين ، فيدلّ على الصحّة ، ويجري عليه جميع أحكام الرّهن .

فمن الغريب وقوعها من بعض الأساطين كالمناقشة بكون الخارج عن ذلك من الرهون الفاسدة أضعاف الداخل ، فيخرج عن الحجية ، ضرورة فسادها بمنع كونه ممّا يخرج بهعن الحجية بعدملاحظة الأصناف ، خصوصاً اذاكانالمعيار الوصول إلى حدّ الاستهجان ، فلاريب حينئذ بعد ذلك كله في أن الأقوى صحّة الرّهن عليها ، وفاقاً للفاضل ، والشهيدين ، والمحقق الثاني ، وغيرهم ، بل قد يقال : بصحّته للمضمون بحكم العقد كالثمن والمبيع ونحوها ، بل ظاهر الدروس وغيرها تلازم الحكم بالصحّة فيه ، للحكم بالصحّة في الأعيان المضمونة ، قال : « ويجوز على عهدة الثمن لو خرج مستحقاً ، وكذا المبيع والأجرة وعوض الصلح إن جوزنا الرهن على الأعيان والضرر بحبس الرّهن دائماً مستند إلى الرّاهن ، ولعلّهما إذا أمنا الاستحقاق يتفاسخان » . وفي جامع المقاصد بعد أن فرغ من البحث في ضمان

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب الرهن الحديث ٥

الأعيان ، قال : « ومثله أخذ الرّهن على الثمن للمشتري ، أو المبيع للبايع على تقدير ظهور فسادالمبيع ، وقد صرّح باستوائهمابالحكم المصنف فيالسرائر ، وشيخنا في الدروس ، وإن كان المصنف في التذكرة ـ مع قوله بصحّة الرّهن على الأعيان المضمونة ـ منع من الرّهن بعهدة البيع ، وليس بواضح ، وماعلل به منعه الارتفاق مردود ، لورود مثله في الرهن على ثمن المبيع مؤجّلاً ، والظاهر أن أخذ الرّهن على الصحّة حذراً من نقصانها كالرّهن على المبيع » .

قلت : الموجود فيما حضرني من التذكرة في المقام « وأمّا الأعيان المضمونة في يدالغير إمّابحكم العقد كالمبيع ، أوبحكم ضمان اليد كالمغصوب ، والمستعار المضمون والمأخوذ على جهة السّوم ، وكل أمانة فرّط فيها وبقيت بعينها ، فالأقوى جواز الرّهن عليها » وظاهره أنها مسألة واحدة ، اللّهم إلاّ أن يريدبالمضمون بحكم العقد غير درك المبيع .

نعم كلامه في باب الضمان منها كالصّريح في جواز الرّهن على الدرك ، محتجاً عليه بخبر داود بن سرحان [1] عن الصادق عليه السلام « سألته عن الكفيل والرهن في بيع النسيئة ؟ قال : لابأس » وإن كان في استدلاله مافيه .

لكن في باب الرهن أيضاً في مسألة عدم جواز أخذ الرّهن على ما لايستوفي منه قال : « كلما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضّمين به ، ومالم يجز أخذ الرّهن به لم يجز أخذ الضمين به ، إلاّ ثلاثة أشياء عهدة البيع يصحّ ضمانها ، ولايصحّ الرهن بها ، والكتابة لايصح الرهن بهاعلى إشكال سبق ، والأقرب صحة الضمان فيها ، ومالا يجب لايصح أخذ الرّهن به ، ويصحّ ضمانه ، لأن الرّهن بهذه الأشياء يبطل الارفاق ، فإنه اذا باع عبده بألف ودفع رهناً يساوى ألفاً ، فكأنه ماقبض الثمن ولا ارتفق به ، والمكاتب إذا دفع مايساوي كتابته ، فما ارتفق بالأجل ، لأنه كان يمكنه بيع الرهن وإمضاء الكتابة ، ويستريح من تعطيل منافع عبده ، بخلاف الضمان ، ولأن ضرر الرّهن يعمّ ، لأنه يدوم بقاؤه عندالمشتري فيمنع البايع التصرف فيه ، بخلاف

(١) الوسائل الباب ـ ١ ـ من ابواب الرهن الحديث ـ ٣ ـ .

الضمان » فظهر من ذلك كله أن كلامه فيه مختلف .

وكيف كان فقد يقال بالفرق بينهما باعتبار عدم علم الاستحقاق في عهدة الثمن والمبيع ، واحتماله غير كاف في صحة الرّهن ، وان كان لو تحقق لظهر انكشافه من أوّل الأمر ، بخلاف الأعيان المضمونة ، فإن الاستحقاق لردّها عيناً أو بدلاً معلوم الثبوت ، بل لا يخفى على السّارد ، للنصوص الواردة في الرّهن أنه لا تتناول في شيء منها لذلك ، حتى النصوص التي ذكرناها آنفاً ، ضرورة عدم مآل له ظاهراً عند غيره حتى يستوثق له ، ومنه ينقدح الشك في صدق الرّهن عليه ، بحيث يندرج في عموم الوفاء بالعقود و الإطلاق العامي المبنيّ على ضرب من المسامحة لاعبرة به ولا وثوق ، فالقول بالمنع فيه و إن قلنا بالجواز هناك لا يخلو من قوة ، خصوصاً مع ملاحظة عدم أمد له ينتظر غالباً ، والرهن على غير المعلوم من الدين حال الرهن ثم علم إن جوّزناه لعدم شرطية العلم به ، كما في سائر ما يعتبر في المعاملة لا يقضي باجراء حكم الرهانة عليه حال عدم العلم ، كما هو المفروض في محلّ البحث ، وبذلك يفرق بينه وبين الضمان الذي ليس فيه سوى شغل الذّمة الذي يعلم بعد حصول الدرك كما أومي إليه فيما سمعته من التذكرة .

نعم لا مانع من التزام صحّته لو بان بعد ذلك كون العين في العهدة لفساد البيع على نحو صحته في الدين المحتمل ، و كيف كان فقد عرفت أنه لابد من الثبوت حال الرّهن ، لعدم تصوره حقيقة بدونه ، بل لابد من سبق ثبوته على تمام الرّهن ، لأن الشرط للسبب شرط لاجزائه كما في سائر شروط العقود ، فلو شرك بين السبب والرهن في عقد كما لو قال المشتري : صالحتك عن هذا العبد بألف ورهنت الدار بها ، فقال : قبلت أو قال : قبلت الصّلح ثم قال : قبلت الرهانة لم يصح ، و فاقاً لصريح الكركي وظاهر غيره ، بل في الرياض حكايته عن الأكثر ، فضلاً عن رهن العبد نفسه ، لوقوع إيجاب الرّهن على التقديرين الذي معناه التوثيق قبل ثبوت الحق ، بل قيل : إنه غير معقول ، وحصوله بعد ذلك لو كان مجزياً في صحته التي هي بحسب حاله ، لاجزء لو تأخر عن الإيجاب والقبول ، خصوصاً إذا كان قبل القبض بناء على أنه من تمام

السبب فتأمل .

ودعوى - كون المعتبر في عقد الرّهن أن لا يسبق بتمامه الحق ، لا ببعضه - لا شاهد لها ، بل الشواهد بخلافها ، ضرورة ظهور الاية [1] والنصوص ، [2] بتعقب الرّهن بتمامه للحق ، حتى يصدق أنه استوثق على ماله ، وليس الاستيثاق الذي هو بمعنى الرّهن الجزء الاخير من القبول ، حتى يكون قد تأخر عن ثبوت الحق ، أو قارنه ، بل هو عبارة عن تمام عقد الرهن ، كما أنه ليس في عقد الرهن مايقضي بالفرق بينه وبين غيره من العقود ، المعلوم تأخر تمام عقودها عمّا يعتبر في صحتّها ، فلو أوجب البيع مثلاً على مالا يصح بيعه ، ثم انتقل إلى الصحّة قبل تمام القبول أو قبل الشروع فيه لم يصح قطعاً.

بل حكي عمن جوّز مانحن فيه من العامة الاعتراف ببطلان قول المولى لعبده كاتبتك على ألف ، و بعتك هذا الثوب بكذا ، فقال العبد : قبلتهما ، أو قال : قبلت الكتابة والبيع ، والفرق بين المقامين صعب ، وأطرف شيء اشتراط الشافعية في الجواز تقدم إيجاب البيع على ايجاب الرهن ، إذ تقدمه بعد عدم تأثيره الحق في الذمه غير مجد ، فلافرق بين تقدم إيجاب البيع عن إيجاب الرّهن و تأخره ، كما هو واضح .

وبالجملة جواز ذلك غير متجه على أصولنا ، فما يحكى عن مالك ، والشافعي وأحمد ، و أصحاب الرأى من الجواز في غاية الضعف ، و من الغريب تردد بعض الاساطين من أصحابنا فيه ، ففي القواعد «لو شرك بين الرّهن وسبب الدين في عقد ففي الجواز إشكال ، ينشأ من جواز اشتراطه في العقد ، فتشريكه في متنه آكد ، أي في الالتزام ، لاحتمال عدم الوفاء بالشرط ، و من توقف الرهن على تمامية الملك ، لكن يقدّم السّبب فيقول : بعتك هذا العبد بألف وارتهنت الدّاربها ، فيقول : اشتريت و رهنت ، ولو قدم الارتهان لم يصح» و في الدروس «وهل يجوز مقارنة الرهن للدين ؟ فيه وجهان ، فيقول : بعتك الدار بمأة وارتهنت العبد ، فيقول قبلتهما أو

(١) سورة البقرة الاية ٢٨٣ .

(٢) الوسائل الباب - ١ - من ابواب الرهن .

اشتريت ورهنت ، ولو قدم الرّهن لم يجز » .

بل في التذكرة « لوا متزج الرّهن بسبب ثبوت الدين مثل أن يقول بعتك هذا العبد بألف وارتهنت هذا الثوب به ، فقال المشتري : اشتريت و رهنت ، أو قال : أقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بهادارك ، فالأقرب الجواز ، لأن الحاجة تدعواليه، فإنه لولم ينعقد لم يتمكن من الزام المشتري بعقده ، ولأن شرط الرهن في البيع والقرض جائز لحاجة الوثيقة ، فكذا مزجه بهما ، بل هو أولى ، لأن الوثيقة هنا ـ آكد ، فإن الشرط قد لايفي به » .

لكن الجميع كماترى بعد الإغضاء عما في الامثلة من تقديم قبول الرّهن على إيجابه ، إذ الحاجة مع عدم رجوعهاإلى الحرج لا تكون دليلاً مثبتا لحكم شرعي واشتراط الرهن لايشترط فيه شرائط عقد الرّهن من ثبوت الحق و نحوه ، فجوازه لايستلزم جوازذلك ، بل الظاهر كما قدمنا فيبحث الشرائط من البيع صحة اشتراط رهن المبيع نفسه على معنى رهنه بعقد جديد بعد انتقاله .

بل لوجوّزنا اشتراط نتيجة العقد بدونه ، وقلنا : إن الشرط يقوم مقامه كقيام الصلح مقام بعض العقود ، وان لم يلحقه حكم ذلك العقد ، اتجهت الصحة حينئذ ، لعموم أدلة الشرط السالم عن معارضة مادلّ على اشتراط ذلك مثلاً في الرهن ، لأنّ المفروض عدم كونه من الرّهن ، وإن حصلت نتيجته بالشرط ، بل لوقلنا بصحةاشتراط النتيجة على وجه يلحقه أحكام الرهن ، على معنى أن للرهن سببين العقدو الشرط ، أمكن جواز اشتراط كونه رهناً على دين سابق ، فضلاً عن اشتراط رهن غيره ممّا هو مملوك للرّاهن سابقاً ، فينتقل حينئذ مقارناً لتعلّق حق الرهانة به أو مقدماً عليه ، كما هو مقتضى الاشتراط الذي يراد منه الرهن بعد ثبوت الحق كما قيل .

وعلى كل حال لايستلزم الصحة فيمحل البحث ، بل لوقلنا بصحة اشتراطرهنه على الثمن فيالعقد على المعنى المزبور ، لم يستلزم الصحّة ايضاً ، لامكان دعوى اشتراط سبق الحق على عقد الرهن ، لاعلى اشتراطه المقتضي للاقتران ، أوسبق الحق عليه باعتبار بساطته ، بخلاف عقد الرّهن الذي هومركب من الإيجاب والقبول ،ولايتصور

مقارنتهما لثبوت الحق ، بل اقصاها المقارنة للسبب بالطريق المذكور في كلامهم ، وهو مقتض لوقوع الايجاب قبل حصول الحق الذي هو شرط فيه ، لكونه شرطاً للعقد بتمامه فتأمّل جيداً فإنه دقيق والله العالم .

و كيف كان فليس المراد من الثابت في المتن و غيره اللازم لصحّة الرّهن على الثمن في مدة الخيار ، بناء على حصول الشغل بالعقد والرهن على غيره ممّا هو متزلزل بلاخلاف أجده فيه ، لاطلاق الادلة . نعم في التذكرة « لاشك في أنه لايباع الرّهن في الثمن مالم يمض مدة الخيار » مع أنه لايخلو من نظر ، بل منع فيما إذا حلّ الدين قبل أجل الخيار.

بل المراد من الثابت ، الحاصل في الذّمة و إن لم يكن لازماً ، فلايصح على مالم يحصل سبب وجوبه بل ﴿ ولاعلى ماحصل سبب وجوبه ﴾ في الجملة ﴿و﴾ لكن ﴿ لم يثبت ﴾ به في الذمة ﴿ كالدية قبل استقرار الجناية ﴾ في الخطأ المحض ، و شبه العمد ، و قبل انتهاء حالها و ان علم انّها تأتي على النفس الذي هو سبب ثبوت الدية ، على المشهور نقلاً وتحصيلاً ، بل مقتضى الاطلاق عدم الفرق في الجناية على ما فيه الدية و غيره ، ولعلّه لانّ الشارع لم يرتب عليها حكماً قبل انتهاء حالها ،فهو حينئذ تمام السبب فلاثبوت قبله ، والقطع بأنه يحصل أحد السببين لايجدي في جواز أخذ الرهن ، لعدم ثبوت الحق حينئذ قبل حصول سببه .

لكن في المسالك « ربماقيل : بجواز الرّهن على الجناية التي قد استقر موجبها و إن لم تستقر هي ، كقطع مايوجب الدية ، فإنّ غايته الموت ولايوجب اكثر منها، بخلاف مادون ذلك ، وليس ببعيد » وتبعه غيره .

وفيه أنه على احتمال سريان الجناية لم يكن لذلك القطع تأثير ، ولاسببيّة ، بل المؤثر حينئذ الموت ، ولامعنى للرهن قبل ثبوت الحق . نعم لوكان المؤثر للدية القطع المزبور والموت لاأثرله ، اتجه حينئذ الرّهن لثبوت الحقّ ، لكن ظاهر النص والفتوى خلافه ، فإطلاق المتن و غيره حينئذ متجه ، و قد عرفت أن القطع بحصول أحد السّببين غير الحصول فعلاً ، و كان ذلك هو الذي أوهم القائل ، مع أنه لوتمّ

لجاز الرّهن على المتيقن ثبوته من الدية في الجناية على ما لايوجبها ، كقطع اليد مثلاً ، فإن النصف متيقن في ضمن تمام الدّية أو مستقلاً ، ولايلتزم به القائل المزبور والفرق بينهما لايخلو من تكلف ، ثم من المعلوم أن الدية في الخطأ على العاقلة ، و أنها مقسطة على ثلاث سنين .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ لايجوز ﴾ الرّهن ﴿ على قسط كل حول ﴾ إلاّ ﴿ بعد حلوله ﴾ لعدم تعين المستحق عليه منها قبله ، وإن الجامع لشرائط العقل عند تمام الحول هو الذي يعقل ، وإن كان فاقدا لها قبله ، لاغيره ، وإن كان جامعاً لها سابقاً ، واستصحاب الجامعية إلى مضي الحول غير مجد ، بعد أن كان جزء سبب الثبوت مضي الحول ، فإذا مضى صح الرهن حينئذ من ذلك المتعين الذي قد ثبت في ذمته .

أمّا الدية في شبيه العمد فيصح الرّهن عليها بمجرد حصول سبب ثبوتها ، لأنها على الجاني و إن كانت مؤجلة إلى سنتين ، لكن كأجل الدين ، فلايمنع من الرهن بها بعد أن كانت متعلقة بذمته ، و إن مات في تركته .

أللّهم إلاّ أن يقال إن الاجل فيها كالأجل في دية الخطأ ، بمعنى أن مضيه جزء سبب الإستحقاق ، فيتجه حينئذ عدم الرهن بها أيضاً ، وستسمع إن شاءالله في كتاب الديات ما يؤكد ذلك ، و إن كان في بعض العبارات هناك مايوهم اشتغال الذمة بها قبل الحول ، ولكن غير مستقر لاحتمال الموت والإعسار عند الحول ، إلاّ أنه محمول على ضرب من التوسع ، ضرورة اقتضاء التدبّر في كلامهم هنا و هناك كون المراد بالخطاب بها الحكم التكليفي ، لاالدّيني الذي لايسقط بالموت ، ولابالإعسار ، فلاحظ و تأمّل .

و قال في الدروس : « ولايصح الرهن على الدية قبل استقرار الجناية ، و إن حصل الجرح ، ويجوز بعد الاستقرار في النفس والطرف ، فإن كانت مؤجلة فبعد الحلول على الجاني ، أو على العاقلة في شبيه العمد والخطأ ، ويجوز على الدين المؤجّل والفرق تعيين المستحق عليه فيه ، بخلاف العاقلة ، فإنه لايعلم المضروب عليه عند الحلول ، ويحتمل قويا جوازه في الشبيه على الجاني لتعيينه ، ولو علل بأن الإستحقاق

لم يستقر إلاّ بعد الحلول في الجناية ، شمل الجاني والعاقلة ، إلاّ أنه ينتقض بالرّهن على الثمن في الخيار ، فالظاهر جواز أخذ الرهن من الجاني كالدين المؤجّل » ولعلّ بناء المسألة على ما ذكرنا أولى بعد الإغضاء عمّا في بعض كلامه ، ونسأل الله التوفيق لتحقيق ذلك في محله فتأمّل .

﴿وكذا﴾ لا يصح الرهن على مال ﴿الجعالة قبل الرد﴾ لعدم استحقاق المجعول له قبل العمل، بلاخلاف أجده فيه ، بل وقبل تمام العمل وإن شرع فيه ، خلافاً للفاضل في التذكرة ، فجوّزه بعد الشروع قبل التمام ، لانتهاء الامر فيه إلى اللزوم ، كالثمن في مدّة الخيار ، وأشكله في المسالك بعدم استحقاق شيء وإن عمل الأكثر ، قال : «والفرق بينها وبين الخيار واضح ، لأنّ البيع متى أبقي على حاله انقضت مدة الخيار ، وثبت له اللزوم ، والأصل فيه عدم الفسخ ، عكس الجعالة فإن العمل فيها لو ترك على حاله لم يستحق بسببه شيء ، والأصل عدم الإكمال» .

قلت : مدار الحكم على الإستحقاق بالشروع وعدمه ، وظاهرهم في الجعالة الثاني ولعلّها غير الأجرة على العمل التي يملكها بالعقد ، كما هو مقتضى المعاوضة، و إن كان لا يستحق تسليمها إلاّ بالعمل ، بخلاف الجعالة التي مورد العقد فيها أنها عوض العمل ، لاملكه على المجعول له ، ولذا كانت جائزة بالنسبة إليه ، وتحقيق الحال في محله إنشاءالله .

﴿و﴾ كيف كان فلا إشكال في أنه ﴿يجوز﴾ الرهن على مال الجعالة ﴿بعده﴾ أي العمل ، بل ولاخلاف ، بل في التذكرة الاجماع ، لحصول الإستحقاق به كما هو واضح ، ويجوز على مال الكتابة المطلقة بلاخلاف على ما في المسالك ، بل ولا إشكال، لثبوت الحق بها ولزومها من الطرفين ، بل والمشروطة على الأقوى ، وفاقاً للمشهور عند المتأخرين ، لأنها لازمة للمكاتب مطلقا عندنا كما في المختلف ، بل لوقلنا : بالجواز بالنسبة إليه خاصة ، أو إلى المولى معه إتجه الصحّة أيضاً ، لعدم منافاته لاستحقاق المولى كالثمن في مدة الخيار كما أنه لا ينافيها تسلط المولى على ردّه في الرق ، إذ قد لا يريده .

و من ذلك يظهر لك ضعف القول بعدم الجواز ، كما عن الشيخ ، والقاضي ، والحلّي ، وسبطه يحيى بن سعيد ، للأمرين المزبورين اللذين قدعرفت عدم اقتضائهما ذلك ، بعدتسليم الأوّل منهما ، بل وظهر لك ان تأدية المطلوب الدي قد عرفت الحال فيه بقول المصنف ﴿ وكذا مال الكتابة . ولو قيل بالجواز فيه كان أشبه ﴾ غير جيد إذالخلاف كما عرفت مختص بالمشروطة ، بل الخلاف فيها ضعيف جداً ، لضعف دليله ﴿ و ﴾ الامرسهل ف ﴿ يبطل الرّهن عند فسخ الكتابة المشروطة ﴾ ممّن له فسخها، لذهاب الاستحقاق به كالفسخ بالخيار كما هو واضح .

و كيف كان فقد عرفت فيما مضى أنه يعتبر في الحق كونه عهدة ، أو دينا في الذمة يمكن استيفاؤه من الرّهن الذي هو بمعنى الوثيقة لصاحب الحق مع التعذر أولا معه ، ﴿ و ﴾ إلاّ لم يكن وثيقة ف ﴿ لايصح على مالم يمكن استيفاؤه من الرّهن كالاجارة المتعلقة بعين المؤجر مثل خدمته ﴾ فإنه مع تعذرها بموت و نحوه ، بل بعصيان منه تنفسخ الإجارة فليس للمرتهن استيفاؤها من الرهن ،وثبوت أجرةالمثل عليه في بعض الأحوال الاجر الخاص ، كما لو انتفع بنفسه في مدة الإجارة ، أو أجر نفسه لغيره ، ولم يجز المستأجر الاوّل ، واختار الرجوع على الاجير ، لأنه هوالمتلف لاتسوغ أخذ الرهن ، لعدم معلومية تحققها ، فالرّهن عليها حينئذ رهن على الحق قبل ثبوته ، بل على احتمال ثبوته ، بل كلّ معين من ثمن أو أجرة أو نحوها لايصح الرّهن عليه ، لعدم إمكان استيفائه من الرّهن ، ولذا قال في التذكرة : «لايجوز أخذ الرّهن بعوض غير ثابت في الذمة ، كالثمن المعين ، و الأجرة المعيّنة في الاجارة ، والمعقود عليه في الأجارة إذا كان منافع معينة مثل إجارة الدار ، والعبد المعين ، والحمل المعين مدة معلومة ، أولحمل شيء معين إلى مكان معلوم ، لأنه حق يتعلق بالعين ، لابالذمة ، ولايمكن استيفاؤه من الرّهن ، لانمنفعة العين لايمكن استيفاؤها من غيرها ، وتبطل الإجارة بتلف العين » .

لكن قديشكل ذلك كله باطلاق أدلة الرّهن والاستيثاق للمال التي يكفي فيها الإستيفاء من الرهن في بعض الاحوال ، كما إذا استوفى المنفعة المؤجر مثلاً ، أو

منعها في مثل الدابة على الاقوى ، فان قيمتها حينئذ تثبت في ذمته ، فيستوفى من الرهن نحوما سمعته في الاعيان المضمونة ، واحتمال الانفساخ ـ بموت ونحوه مع أن الأصل عدمه ـ غير مناف ، كما لاينافي احتمال الفسخ في الخيار .

بل لعل الضمان في المقام أولى مما ذكره الشهيد في الدروس ، من أنه لو ارتهن المستأجر على مال الاجارة خوفاً من عدم العمل بموت أو شبهه فهو كالرهن على الأعيان المضمونة ، وهو صريح في الجواز هنا بناء على الجواز هناك ، مع أن المال هنا قد انتقل بالعقد إلى غيره ، فليست الاجرة حينئذ له ، حتى يستوثق لها ، بخلاف المنفعة والأجرة المعينة والمبيع المعين ونحوها مما هي مملوكة له في الظاهر ، فله أن يستوثق على تسليمها إليه ، و على احتمال ضمان من في يده لها ، وقد سمعت ما في التذكرة في الأعيان المضمونة ، و أن منها المضمون بحكم العقد ، مع قوله بعدم صحة الرهن على الدرك ، فيمكن أن يريد بالمضمون بحكم العقد ما نحن فيه فتأمل جيداً .

إلا أني لم أجد خلافاً بينهم في عدم جواز الرهن على ذلك ، فالجرأة على الجزم به لاتخلو من مخالفة الجزم ، فالأولى التوقف في المسألة أو الحكم بالعدم ، ولعله لما أشرنا إليه سابقاً من عدم تحقق العهدة ، كي يتجه الرهن ، واحتمالها غير كاف في الحكم بالرهن ظاهراً كالدين المحتمل فلاحظ و تأمل ، والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل فلا إشكال كما لاخلاف في أنه ﴿ يصح ﴾ الرهن ﴿ فيما هو ثابت في الذمة كالعمل المطلق ﴾ في الذمة الذي لايبطل بالموت ، لعدم اشتراط المباشرة فيه ، فمع التعذر وشبهه يباع الرهن حينئذ ويستوفى منه العمل كما هو واضح ﴿ ولو رهن على مال رهناً ثم استدان آخر ﴾ ممن له الدين الأول مساوياً له في الجنس والقدر أو مخالفاً ﴿ وجعل ذلك الرهن عليهما ﴾ معاً مصرحاً بذلك أو اتفقا معاً على ارادته ﴿ جاز ﴾ بلاخلاف أجده فيه بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، و مشغوليته بالدين الأول غير قادحة بعد أن لم تكن منافية للثانية ، فهو كما لو رهنه عليهما من أول الأمر .

ومن هنا يعلم أنه لاحاجة إلى إبطال الرهانة الاولى ، ثم التجديد لهما كما صرح

به غير واحد ، بل يعلم أنه لا يحكم ببطلان الأولى لو أطلق رهانته على الدين الثاني من غير تعرض للاول ، لما عرفت من عدم التنافي فالأصل بقاؤها حينئذ ، و دعوى ظهور الاطلاق في ذلك ممنوعة ، فتردد الشهيد حينئذ في بطلان الاولى في صورة الاطلاق في غير محله .

نعم قد احتمله في القواعد فيما إذا كان الدين المتجدد لأجنبي ، وقد اجاز المرتهن الأول رهانته عنده ، والبطلان في خصوص ما قابل دين الثاني لو فرض زيادته عليهما ، والعدم مطلقا من غير ترجيح لأحد الثلاثة كالتحرير ، والدروس ، وغيرها .

مع أن الأقوى الأخير منها فيه ، وفاقاً للتذكرة ، وجامع المقاصد ، أيضاً ، لعدم التنافي حتى لو كان الرهن لايفي إلا بدين الثاني ، لاطلاق الأدلة و وجوب الوفاء بالعقد ، ولا يمتنع كون الشيء رهنا بمجموع لا يفي ثمنه بأدائه ، لأن الأداء ثمرة الرهن بعد تحققه ، لا نفسه ، و إنما يثبت الأداء بحسب حال الثمن باعتبار كثرته وقلته .

و تقديم دين شخص في الاداء على الآخر لا ينافي تعلق كل من الدينين بالرهن لما قلناه من أن ذلك ثمرة الرهن و مقصوده ، ولا محذور في أن يكون المقصود في بعض أولى وأسبق من البعض الآخر ، و إن استويا فيما له المقصود والثمرة .

ولأنه لو تضمن عقد واحد رهناً بدينين و تقديم أحدهما على الآخر في الأداء ثم تأدية الآخر بعد أداء الأول لم يكن ذلك باطلا ، ففي العقدين المستقلين أولى ، لوقوع الثاني بعد القطع بصحة الاول ، فلابد في طرو البطلان عليه من دليل أقوى من دليل الصحة .

و دعوى أن مقتضى الرهن الاختصاص بمجموعه بالنسبة إلى الدين المرهون به ، ليقضى ذلك الدين من ثمنه ، واختصاص كل من الدينين بمجموع الرهن متناف لأن اختصاص أحدهما بالمجموع على هذا الحكم ينافي اختصاص الاخر ، و قد ثبت الرهن الثاني بالسبب الطارى و إجازة المرتهن الأول فيبطل الأول ــ يدفعها منع المنافاة كما عرفته مفصلاً واجازة المرتهن انما توجب تقديمه عليه بناء على اقتضاء العقد ذلك لابطلان الأول .

و اوضح منها منعاً دعوى كونها موجبة لفسخ رهنه فيما قابل الدين الثاني ، لأنّ المنافاة باعتبار مقصود الراهن مختصّة به ، بخلاف مازاد ، اذ الرّهن متعلق بالمجموع ، فان اقتضى الاختصاص اقتضاه في المجموع ، و إلّا لم يقتض في شيء منه ، ولأن الثمن على تقدير اعتبار المقابلة والزيادة بالنسبة اليه لاتنضبط ، فقد يكون في وقت الرهانة كثيراً يبقى منه بقية بعد الدين الثاني ، ثم يتجدد النقصان ، وبالعكس ، ويستحيل تجدد ثبوت الحق بعد كون العقد حال وقوعه غير مقتض له .

وعلى كل حال فيترتب على كل من الاحتمالات الثلاثة حكم إسقاط المرتهن الثاني حقه من الرّهن ، فعلى ما اخترناه يبقى رهناً عند الاوّل ، وعلى الثاني لاحق له ، وعلى الثالث لاحق له فيماقابل الدين الثاني كما هوواضح ، ولو لم يعلم المرتهن الأوّل برهن الثاني حتى مات الراهن ، و فك الرهن لم يبطل الرهن ، بناء على عدم اعتبار القبض ، لكونه لازماً من طرف الراهن ، فليس للورثة ولاللغرماء المنع لسبق التعلق ، فان أجاز الأوّل قبل الفك ففيه الاحتمالات .

نعم ان كان قد بيع الرهن في دين الاوّل فقد يقوى بطلانه حينئذ ، و إن فضل منه شي ، لعدم تناول الرهانة للثمن فلم يبق له موضوع ، أما لوبقي من عين الرهن بقية وقد قضي دين الاول ، أوبقي تمام الرهن لقضاء دينه من غيره ، فقد يتّجه نفوذ الرهن للثاني ، ويختص به عن الغرماء ، وليس للأول المنع بعد فرض سقوط تعلقه من الرهن ، ولم يكن قدردّ الرهن في حال تعلقه ، لكون المفروض عدم علمه حتى فك الرهن منه ، كما أنه لاأثر لاجازته ، فلم يبق مانع من النفوذ ، لوجود المقتضي وارتفاع المانع ، واحتمال ـ عدم صحّة أصل الرهانة حال كونه رهناً عند الاوّل ـ يدفعه أنه لاإشكال في الصحّة مع الاجازة التي هي مقدمة لاسقاط مانعية حقه ، فعلم قابلية العقد للتأثير مع ارتفاع المانع بالاجازة ، أوبالفك ، فاذا فرض عدم علم المرتهن الأول حتى فك منه ، إتجّه نفوذ الثاني .

ومن ذلك كله يظهر لك ما في عبارة القواعد قال بعد ذكر الاحتمالات في المسألة السابقة : « ولو لم يعلم الأوّل حتى مات الراهن ، ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن

دين الاول من دون الغرماء، إشكال، ولاحكم لاجازة الأول ولا لفسخه بعد موت الراهن، بل فيها نظر من وجوه اخر أيضاً تظهر بأدنى تأمل ولكن الانصاف عدم خلو المسألة بعد من الاشكال، لامكان الفرق بين الاجازة والفك، باقتضاء الأول تعلق الرهانة من أول الأمر، لانها كاشفة على الأصح، بخلاف الثاني، ويأتي إنشاءالله تمام الكلام في ذلك والله العالم.

ولو زاد في الرهن للدين الواحد جاز بلا خلاف، حتى من أبي حينفة، ولا إشكال لاطلاق الأدلة من غير حاجة إلى ابطال الأول، واستيناف عقد جديد، والظاهر كون الجميع حينئذ كالرهن الواحد الذي حكمه بقاء الرهنية مادام شيء من الدين باقيا إن كان قد صرح بكونه رهناً على كل جزءٍ من الدين، أو اتفقا على ذلك، بخلاف ما إذا صرحا بكونه على التقسيط، أو بكون مجموعه رهناً على المجموع، أو اتفقا على ذلك، فانه ينفك من الرهن في الأول بالنسبة، و في الثاني بأداء شيء من الحق وليس للديان الامتناع من قبض البعض، مخافة انفكاك الرهن بعد الشرط عليه والاقدام منه على ذلك، وان تردد فيه في الدروس مما سمعت، و من إدائه إلى الضرر بالانفساخ، لكنه في غير محله.

كما أن تردده في حمل الاطلاق على الأول كذلك أيضاً، ضرورة غلبة تعلق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن، مضافاً إلى ماعن المبسوط من الاجماع والتقابل بين الأجزاء في المبيع و نحوه من عقود المعاوضة، لايقضي بذلك في الرهن المراد به الاستيثاق لمجموعة على جميع اجزاءِ الدين، فلاينفك حينئذ بتمامه ولاجزء منه بأداء البعض، إلا مع التصريح، أوما يقوم مقامه.

ومن الغريب ما في الدروس حيث أنه بعد أن ذكر صحة اشتراط الرهانة على كل جزءٍ جزء، فيبقى مجموعه رهنا ببقاءِ شيء من الدين، واشتراط رهنه عليه لاعلى كل جزء منه، وينفسخ حينئذ بأداء شيء من الدين قال: « وإن أطلق ففي حمله على المعنى الثاني أو الأول نظر، من التقابل بين الاجزاء في المبيع فكذا في الرهن، و من النظر إلى غالب الوثائق فان الاغلب تعلق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره

من الرّهن و هذا قوى » وقال في المبسوط: «إنه اجماع» وهو كماترى مع أنه لاينطبق تعليله الأوّل على الوجه الثاني ، وإنما هوصالح للتوزيع الذي لم يذكره هو ،وتسمع فيما يأتى إن شاءالله تمام الكلام في المسألة .

وعلى كل حال فقد ظهر لك أن الرهن المضاف حكمه حكم المضاف إليه ،بعد ظهور كون المقصود منه رهانته على حسب الأوّل وماعن أبي حنيفة ـ من أنه يكون رهناً بالنسبة على معنى قسمة الدين على قيمة المضاف إليه الرهن يوم قبضه ، على المضاف يوم قبضه ، فلو كانت قيمة الأوّل ألفاً مثلاً ، وقيمة الثاني خمسمأة ، والدين ألف مثلاً قسم أثلاثاً ثلثان في المضاف إليه ، و ثلث في المضاف ـ لاشاهد له ، بل الشواهد على خلافه .

وقد بان لك أنّ صور الرّهن ثلاثة وتسمع إن شاءالله تمام الكلام فيها الأولى : رهن المجموع على كل جزء من الحق الثانية: الرّهن عليه لاعلى كل جزء منه الثالثة: رهن الأجزاء المشاعة على الاجزاء كذلك ، وفي الاخيرة ينفك بعضه بأداء بعض ، ويبقى الباقي ، كما أنه كذلك لو استدان رجلان كل منهما ديناً ثم رهناً مشتركاً بينهما ، ولو بعقد واحد مطلق ، ثم قضى أحدهما فإن حصته تكون طلقا ، لانصراف رهن كل منهما إلى ملكه على دينه إن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الدّين ، وإلاّ اتبع الشرط الذي لايقدح فيه عدم ملكية كل منهما للجميع ، بعد فرض رضا كل منهما بذلك ، والمال غير خارج عنهما .

ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنّصف مع تساوى الدين و أما مع اختلافه فربما احتمل ذلك أيضاً ، لأنه الأصل في التشريك ، إلا أن الاظهر التقسيط على مقدار الدين ، كما هو الاصل في اجتماع الاسباب المعتبر سببيّة كل منهما ، ولأن مقتضى الرّهن قضاء الدين كله من ثمن المرهون إذاوفى به فالزائد من أحد الدينين إن استحق قضاؤه من الرّهن اقتضى تعلق ذلك الزائد بالرهن فيكون تعلق مجموع الدين الزائد من الرهن أكثر من تعلق الاخر ، وان لم يستحق قضاؤه منه امتنع كونه رهناً بالمجموع ، وقد فرض كونه كذلك ، فظهر أن التقسيط

أولى ، فإن وفى فلابحث ، والأقسط عليهما بحسبهما كما هو واضح .

نعم هذا كله في التعدد ابتداء دون التعدد في الاثناء ، فإنه لاعبرة به على الظاهر سواء كان في الرهن أو المرتهن ، كما في ورثة كل منهما لو تعددوا ، فلو مات الراهن عن ولدين لم ينفك نصيب أحدهما باداء حصته من الدين ، كما أنه لو مات المرتهن عن ولدين فأعطى أحدهما نصيبه من الدين ، لم ينفك بمقداره من الرهن ، و ذلك لأنه قد تعلق الدين بكل جزء منه في حيوة الموروث ، وقد انتقل إلى الورثة على هذا الحال ، فلايتوهم أنه كتعلق حق الغرماء بالتركة التي لاريب في انفكاك نصيب أحد الورثة بمقدار مايخصه من الدين ، وإن قلنا ان التعلق كتعلق حق الرهانة ، لاكأرش الجناية ، لكن لما لم يكن ذلك سابقاً على الموت ، وإنما هو بعده كان تعدد الورثة بمنزلة تعدد الراهن ، فتأمل جيداً والله اعلم .

الفصل ﴿ الرابع في الراهن ﴾

﴿ ويشترط فيه ﴾ بالنسبة إلى صحة الرهن له ولغيره كباقي العقود ﴿ كمال العقل ﴾ فلايصح من الصبي ولاالمجنون ولو مع الاجازة لسلب العبارة ﴿ و ﴾ في لزومه ﴿ جواز التصرف ﴾ فلايلزم من السفيه والمملوك ونحوهما إلا مع إذن الولي، لكن ذلك بالنسبة إلى عقودهم ، أما لو عقدوا للغير وكالة أو فضولاً فكجائزي التصرف في اللزوم .

﴿ و ﴾ كذا يعتبر في لزومه ايضاً الاختيار فـ﴿ لاينعقد مع الاكراه ﴾ الذي لم يخرجه عن قصد اللفظ والمعنى ، فانه إذا تعقبه الرضا بعد ذلك لزم على الأقوى أما إذا كان إكراهاً مخرجاً له عن القصد المزبور فلايصح ، وان تعقبه القصد والرضا بعد ذلك ، كما حرر في محله .

ويعتبر فيه أيضاً إذا كان الرهن لنفسه أن يكون مالكا ، أو بحكم المالك ، كالمستعير الذي يأتي تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف لبعض أحكامه .

﴿ و ﴾ حينئذ فـ﴿ يجوز لولي الطفل ﴾ مثلاً وإن لم يكن اجبارياً ﴿ رهن

ماله إذا افتقر إلى ﴿ ذلك ﴾ ﴿للاستدانة﴾ ونحوها بلا خلاف أجده فيما بيننا ، وإنّما حكي عن بعض الشافعية ، ولاريب في فساده ، لكن ﴿ مع مراعاة المصلحة ﴾ التي هي الاحسن الذي «نهى الله [1] عن القرب إلى ماله بدونه» ﴿ كأن يُستهدم عقاره فيروم رمّه ﴾ وإصلاحه ﴿ أو يكون له أموال يحتاج إلى الإنفاق لحفظها من التلف ، أو الانتقاص ، فيرهن بذلك مايراه من أمواله إذا كان استبقاؤها أعود﴾ له أي للطفل من بيعها ، إذا لم يمكن البيع أو غير ذلك من المصالح التي لاتنضبط لاختلافه باختلاف الامكنة والازمنة والاحوال .

فالضابط فيه الميزان المزبور التي تقتضي أيضاً غالباً وضع الرّهن على يد عدل يجوز ايداعه منه ، أو من يطمئن به عليه من التلف و نحوه ، بل قد تقتضي صحة رهن ماله فيما إذا اشترى له بمأة نسيئة ما يساوي مائتين ، ورهن من ماله ما يساوي مائة، فإن لم يعرض التلف ففيه الغبطة الظاهرة ، و إن عرض فلاضرار ، أيضاً .

بل قد يقال : بالجواز فيما إذا لم يرض إلاّ برهن تزيد قيمته عن المأة إذا كان ممّا لايخشى تلفه كالعقار ونحوه ، بل عن التذكرة قوة جوازه إذا كان على يد من يجوز إيداعه ، وبالجملة الامر في ذلك غير منضبط ، ومع فرض تعدد أفراد المصلحة ولاترجيح تخير ، والطفل في المتن و غيره من باب المثال ، ضرورة الجواز أيضاً لولي المجنون والسفيه أيضاً والمسألة غير مخصوصة بالرّهن ، بل هو كغيره من التصرفات لهم المحرّر جملة من أحكامها في غير المقام والله أعلم .

الفصل ﴿ الخامس :في المرتهن ﴾

﴿ ويشترط فيه: ﴾ مايشترط في الراهن من ﴿كمال العقل وجواز التصرف﴾ والاختيار على حسب ماسمعته في ذلك كله ، لكن الظاهر أنه لابأس بقبول السفيه و المفلس الارتهان الذي ليس بمستحق على المديون بشرط و نحوه ، إذا كان الدين من غيره ، أو منه قبل الحجر ، لأنه ليس تصرفاً مالياً ، ولامناف له ، بل فيه مصلحة

(١) سورة الانعام الاية ـ ١٥٢ .

للمال ، ولعلّ المراد من عبارة المصنف ونحوها مالايشمل هذا الفرد من الارتهان ، والأمر سهل .

﴿ و ﴾ على كل حال فلاريب في أنه ﴿ يجوز لولي اليتيم ﴾ مثلاً ﴿ أخذ الرهن له ﴾ على ذلك كمانصّ عليه غير واحد بلفظ الجواز ، لإطلاق ولايته الشاملة لذلك ، و قبول الإتّهاب و الوقف له و نحوها ، بل قد يجب عليه ذلك فيما لوتوقف الأحسن المعتبر في الآية الكريمة[1] في التصرف في ماله عليه ، كما لوباع ماله نسيئة لغيرذي ملاءة وثاقة ، بل الظاهر كفاية الثاني في لزوم أخذ الرّهن قال في التذكرة : « لوكان المشتري موسراً لم يكتف الولي به ، بل لابد من الإرتهان بالثمن » نعم قال أيضاً : لولم يحصل أوحسن الظن بيساره وأمانته ، أمكن البيع نسيئة بغير رهن ،كما يجوز ابضاع ماله .

و فيه : أن المتّجه عدم البيع مع عدم الحصول ، إذالاكتفاء باليسار مع عدم الوثاقة لايخلو من إشكال ، بل منع خصوصاً في الفاسق الذي لم يعرف منه الوفاء ، فضلاً عن المعروف بعدمه ، ضرورة كون إبقاء المال أو بيعه لغيره بدون ثمنه أحسن من ذلك ، ويمكن أن يريد معنى الواو من ـ أو ـ أو أن ذلك من غلط النساخ ، فيكون الجواز بغيررهن مع حسن الظن بيساره وأمانته كما ستعرف ذلك إنشاءالله.

أما لوكان ثقة غير مليء فقد يقوى الجواز ، و الأحوط أخذ الرهن ، و ليس المراد من الأحسن في الآية الفرد الاعلى الذي لاأحسن منه ، على معنى النهي عن التصرف بأموالهم إلاّ به ، ضرورة اقتضاء ذلك تعطيل مال الطفل ، إذ ما من حسن إلاّ وهناك أحسن منه ، بل المراد مطلق الأحسن من عدم القرب ، إلاّ أن مقتضاه حينئذ التخيير في الافراد و إن تفاوتت ، مع أن في الاكتفاء بالفرد الأدنى مع تيسّر الفرد الأعلى مطلقا إشكالاً إن لم يكن منعاً ، خصوصاً لوفرض أحسنية إقراض مال الطفل من إبقائه لغرق وحرق ونحوهما ، وفرض وجود الطالب الثقة الملي والرهن والكفيل فإنه لاإشكال في وجوب إقراضه ، وحرمة إقراضه من الفاسق المجرد عن الملاءة والرهن

(١) سورة الانعام الاية ـ ١٥٢ .

والكفيل ونحوها ، وإن كان إقراضه مع انحصار الأمر فيه أحسن من الإبقاء ، أللهم إلاّ أن يقال : إنّ مثله لايعد أحسن ، و إنّما اوجبنا ، مع الإنحصار ، لأنه أقلّ قبحاً من الابقاء المؤدّي لتلف المال وضياعه ، وإلاّ فهولا حسن فيه مع اتفاق غيره ممن فرض.

وقد يقال : إنّ المراد بالأحسن من غيره من الأفراد الموجودة ، فيجب حينئذ تقديم الفرد الأعلى مع وجوده ، ولكن لايجب تطلبه مع وجود الفرد الادنى ، فيكفى حينئذ في نفيه أصالة عدم حصوله ، كما أنه يصدق على الفرد المتيسر أنّه أحسن من غيره ، لعدم وجود فرد آخر ، إذ غيره ممّا هو أعلى منه لو حصل كان فرداً ، فهو فرض فرد لافرد فعلا ، فلايقدح كونه أحسن .

إلاّ أنه ومع ذلك فالأحوط والاولى عدم المبادرة إلى المتيسّر مع مظنة حصول فرد آخر أعلى منه ، أو الاحتمال المعتدّ به ، اكتفاء بأصالة العدم ، إلاّ أن يكون في المبادرة صلاح يرجّح على المصلحة التي في الانتظار ، بل قد يقال برجوع ذلك إلى الاوّل ، ضرورة كون الأحسن في الفرض المزبور الابقاء منتظر اللفرد الأعلى المظنون أو المحتمل إحتمالا معتدابه ، كما أن الأحسن مع فرض كون المبادرة أصلح الفرد المتيسّر ، وبالجملة الميزان ما ذكرناه و هو جيد جداً .

أو يقال : إن المراد به ما يعدّ حسناً عند العقلاء ، فلايراد من الأحسن معنى التفضيل بل المقصود الرخصة في القرب لأموالهم بما يعدّه أهل المعرفة حسناً ، و أن فاعله من المحسنين ، لكن قد يقال : إنه بعد التأمل راجع إلى الاوّل ، أو الثاني في الثمرة ، كما أن إحتمال إرادة الإطلاق من الاية من دون تقدير مفضل عليه مخصوص من القرب ، أو الغير بدعوى أنّ لها مصاديق ينقحها العرف ، نحو ماقيل في الوجدان المنفي في آية التيمم [1] و أنّه لاحاجة إلى تقدير متعلقه من الأماكن القريبة أو غيرها كذلك أيضاً .

و قد بان لك من ذلك كله المدار في المسألة الذي على الفقيه تحريره ، وإلا فالخصوصيات غير منضبطة ، تختلف باختلاف الأحوال ، فليس على الفقيه حصرها ،

(١) سورة النساء الاية ٤٣ .

ولاتعليق الحكم عليها ، ﴿ و ﴾ إن وقع ذلك من بعض الأصحاب فالمراد به الغلبة .

كما أنه بان لك أيضاً أنه ﴿ لايجوز أن يسلف ماله إلاّ مع ظهور الغبطة له ، كأن يبيع بزيادة عن الثمن إلى أجل ﴾ و أنها ربما توقفت على كونه من ثقة مليء برهن أوكفيل ، بل أطلق في المسالك أنه حيث يجوز يجب كون المديون ثقة ملياً ، ويرتهن على الحق مايفي بقيمته مع الامكان .

بل : قال سابقاً: «إنه يعتبر في الرهن كونه مساوياً للحق أوزائداً عليه ، ليتمكن إستيفاؤه منه ، وكونه بيد الولي أو بيدعدل ليتم التوثق والإشهاد ولوأخلّ ببعض هذه ضمن » و إن كان فيه أن ذلك كله ينبغي تقييده بتوقف التي هي أحسن عليه ، وأن الإبقاء بدون شيء من ذلك هو الأحسن كالمحكي عن حجر التذكرة من أنه يرتهن به رهناً وافياً ، فإن لم يفعل ضمن .

﴿ و ﴾ على ذلك بني قول المصنف ﴿ لايجوز له اقراض ماله إذ لاغبطة . نعم لوخشي على المال من غرق أوحرق أونهب و ماشاكله جاز إقراضه وأخذ الرهن ﴾ بل في المسالك هنا أيضاً يقرضه من الثقة المليّ ويرهن عليه ويشهد كمامرّ ، و قال أيضاً : « من مسوغات إقراض مال اليتيم خوف تلفه ، بتسويس الحنطة وشبهها ، فيقرضهامن الثقة الملي مع الامكان بالرهن ، لإمكان جحوده وتعذر الايفاء » .

وقال المصنف ﴿ولوتعذّر ﴾أي الرهن ﴿إقتصر على إقراضه من الثقة غالباً﴾ وظاهره كمافي المسالك أن مع إمكان الرهن لايعتبر كون المقترض ثقة ولامليا ،لانضباط الدين بالرّهن ، كالمحكي عن الإرشاد ، واللّمعة ، ورهن التذكرة ، وحجر القواعد ، بل عن بعضهم التصريح بذلك ، وفي التذكرة اعتبار الرهن والملاءة والثقة جميعاً مع الإمكان ، وأسقط اعتبار الرهن مع عدم إمكانه .

وعن المبسوط لايجوز القرض إلافي موضع الضرورة ، كالخوف من نهب أوحرق أوغرق ، فيجوز له حينئذ أن يقرضه من ثقة مليّ يقدر على قضائه ، إلى غير ذلك من كلماتهم التي لابدمن إرجاعها إلى الميزان الذي ذكرناه سابقاً ، الذي منه يعرف الحال فيما لوتعذر الثقة والإرتهان والملاءة ونحو ذلك ، وكان الخوف من الغرق ونحوه

حاصلاً ، إذ لاريب في أنه في بعض الاحوال يكون الاحسن إقراضه ، ولو من الفاسق المعسر ، لأنه مرجوّ الحصول في الدنيا والآخرة ، و في بعضها الأحسن إبقاؤه باعتبار ضعف احتمال التلف بالنّسبة إلى الإقراض من الفاسق المعسر ، خصوصاً بعد ملاحظة كون التالف ظلماً يعوّضه الله جل شأنه على صاحبه في الدنيا والاخرة .

و على كل حال فالأولى إيكال الأمر إلى الضابط المذكور الذي هو مختلف باختلاف الأحوال والأزمنة والأمكنة ، بل معرفة الأولياء فيه مختلفة ، و من ذلك يعلم عدم اعتبار العدالة الشرعيّة ، فإنّه ربما يكون السبيل الأحسن في غيرها ، لكن قد يظهر من جمع اللّمعة ـ الثّقة والعدل ـ اعتبارها ، وفي المسالك « المراد بقولهم الثقة غالباً الثقة في ظاهر الحال ، يعني الإكتفاء بظاهر أمره ، ولا يشترط العلم بذلك لتعذره ، فعبّروا عن الظاهر بالغالب ، نظرا إلى أنّ الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة ، لأن المراد كونه في أغلب أحواله ثقة دون القليل ، لأن ذلك غير كاف» .

قلت : قد عرفت أن المدار على غير ذلك ، و يمكن أن يكون المراد من الثقة غالباً من تطمئن به النفس بالنسبة إلى الوفاء ، بل لا يعتبر في ذلك العلم للعسر ، بل يكفي فيه التتبّع لأغلب أحواله المفيد إطميناناً كما هو المعتاد والامر في ذلك كله سهل بعدما عرفت .

إنّما الكلام في أنه أي الضابط المزبور معتبر في تصرف المولى لنفسه ، أو يكفي فيه عدم الضرر على الطفل ، فمن النهاية والوسيلة « أنه يجوز للولي اقتراض مال الطفل إذا كان متمكناً من قضائه ، » و عن حجر التذكرة « لا يحتاج الأب إن اباع مال ولده عن نفسه نسيئة أن يرتهن له من نفسه ، وكذا لو اشترى له سلماً مع الغبطة بذلك » وعنه و عن جامع الشرايع اشتراط الملاءة المصلحة للطفل ، بل عن السرائر « لا يجوز له بحال ، لأنه أمين والأمين لا يجوز له أن يتصرف في أمانته » و إن كان هو واضح الضعف ، لمخالفته الآية والرواية ففي صحيح أبي الربيع[1] أنه «سئل الصادق عليه‌السلام عن رجل ولي يتيم فاستقرض منه ؟ فقال : إنّ علي بن الحسين عليهما‌السلام قد كان

(١) الوسائل الباب ـ ٧٦ ـ من ابواب مايكتسب به في ذيل حديث ـ ١ ـ

يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره ، فلابأس بذلك » و في خبر ابن اسباط [١] « إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلابأس به ، و إن لم يكن له مال فلايعرض لمال اليتيم » ونحوه خبره الآخر [٢] وخبر غيره مما تضمن العمل بمال اليتيم على سبيل القرض أو القراض ، فلاينبغي التأمل في جواز ذلك للولي في الجملة .

و إنما البحث في اشتراط ذلك بما اشترط به التصرف بالنسبة إلى الغير من كونه الأحسن ، أولا، مقتضى اطلاق الآية الأول ، بل لعلها في تصرف الأولياء لأنفسهم أظهر ، كما أنها أقوى من إطلاق بعض الأخبار ، وترجح عليه ، وإن كان التعارض بينها من وجه فالا حوط الإقتصار في تصرفهم على ذلك ، خصوصاً غير الأب والجد منهم ، فإنه قد يحتمل فيهما الاكتفاء بعدم الضرر و تمام الكلام في ذلك في غير المقام والله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ إذا اشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه ، أولغيره أو وضع الرهن في يدعدل معين ﴾ صح بلاخلاف ، بل من الغنية الاجماع عليه ، لعموم [٣] « المؤمنون عند شروطهم [٤] و «أوفوا» وخصوص مادل على الرهن الشامل لهذا الفرد بل و ﴿ لزم ولم يكن للراهن فسخ الوكالة ﴾ وفاقاً للمشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً بل عن السرائر نسبة الخلاف فيه إلى أهل الخلاف ، مشعراً بعدمه بيننا ، ولعله كذلك ، فإني لم أجده إلا من الشهيد في اللمعة ، بناء منه على ماسمعته من مذهبه من عدم اللزوم في نحوه من الشروط في العقود اللازمة ، وقد عرفت ضعفه .

نعم عن المبسوط أنه حكى الخلاف في ذلك بلفظ القيل ، ويمكن أن يريد الشافعي كما يشهد له مايظهر من السرائر ، فمن الغريب قول المصنف فيه ﴿ على تردد ﴾ و إن ذكروا وجهه : كون الوكالة من العقود الجائزة التي من شأنها تسلط كل منهما على الفسخ ، وأشتراطها لايقتضي لزومها ، و إلا لم تبطل بالموت ، أو عدم

(١) و (٢) الوسائل الباب ـ ٧٥ من ابواب مايكتسب به الحديث ١ ـ ٣ ـ

(٣) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من ابواب المهور الحديث ـ ٤ ـ

(٤) سورة المائدة الاية ـ ١ ـ

لزوم الشرط وإن كانت في عقد لازم ، وانّما أقصاها التسليط على الفسخ ، أو أنّ الرهن وإن كان لازماً من طرف الراهن إلا أنه جائز من طرف المرتهن ، و ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح من غير مرجّح ، والأصل براءة الذمة من اللزوم ، فيكون كالشروط في العقود الجائزه .

والجميع كما ترى إذ في الأوّل : أن الوكالة و إن كانت من العقود الجائزة بالذات، لكن لا بأس بلزومها من جهة العارض كالشرط ونحوه ، ودعوى أنه غير مقتض لذلك ـ يدفعها فرض كون المراد منه البيع وكالة، فهو كما لو صرّح باشتراط عدم العزل، لأن المراد مطلق الوصف بها وإن عزل بعد ذلك ، واحتمال أن التصريح بعدم العزل لا يقتضي عدم ترتب الأثر لو وقع ، بل أقصاه الإثم. يدفعه أنه مناف لكون المؤمن عند شروطه ، والبطلان بالموت ـ لانتفاء الموضوع ، ضرورة كونها استنابة تذهب بذهاب المنوب عنه ـ لا يقتضي جواز العزل .

و في الثاني : ما تقدّم سابقاً من منافاته لما دلّ على لزوم الشروط ، والوفاء بالعقود ، على أن التسلط للفسخ هنا لا فائدة فيه ، بل يزيده ضرراً ، إذ الفرض أنه شرط في عقد الرّهن لنفسه ، ففسخه يزيده ضرراً، ومن هنا جزم في الدروس في المقام باللزوم، ولعلّه لما عرفت ، و إن لم يقل به في غيره ، بل في المسالك « أن الوكالة هنا ممّا العقد كاف في تحققها ، فلا يحتاج بعده إلى صيغة اخرى لها ، لان الفرض منها مجرد الاذن بأي لفظ اتفق ، وقد تقدم أنّما العقد كاف في تحققة ، كجزء من الايجاب والقبول ، فحيث يكون لازماً يلزم ، وإن قلنا بعدم وجوب الوفاء بشرط لا يكفي العقد في تحققه» وقد أشار بذلك إلى تفصيل قد حكينا سابقاً عن الشهيد في الشرائط بين ما تحتاج إلى أمر آخر غير العقد المشترط فيه ، وبين ما لا يحتاج إلى ذلك ، بل كان العقد كافياً في لزومها ، و هو و إن كان فيه ما فيه أيضاً ، إلاّ أنه قد يناقش في كون الوكالة هنا من القسم الثاني ، بل و في حصول الإذن بعد أن كان المراد من الشرط إيقاع الوكالة بعد عقد الرهن ، إذ لا معنى لإنشائها بلفظ الشرط المعلوم عدم صلاحيته لذلك ، فتأمل .

أللهم إلاّ أن يقال: إن المراد من اشتراط الوكالة هو ما أشرنا اليه سابقاً من

البيع عنه ، وليس المراد نفس الوكالة وحينئذ لايحتاج إلى أمر آخر غير الشرط ـ في العقد الذي قد استحق به ، بمقتضى عموم [١] « المؤمنون عند شروطهم » ـ عليه البيع عنه ، وانحلال ذلك إلى الوكالة لايقتضي كون المراد اشتراطها على وجه تحتاج إلى صيغة بعد العقد ، أو أن المراد اشتراط أثر عقد الوكالة ، أونحو ذلك ، فتأمّل جيّداً، فإنه دقيق نافع في وجه إطلاق الأصحاب لزوم الوكالة متى اشترط في عقد لازم والله اعلم .

و في الثالث : أن الشرط على الرّاهن فيكون لازماً لأن الفرض لزوم العقد من جهته . نعم لووقع شرط على المرتهن أمكن عدم لزومه عليه باعتبار أن له فسخ العقد المشروط فيه .

﴿و﴾ كيف كان فلااشكال بل ولاخلاف في أنّها : أي الوكالة المشترط ﴿تبطل بموته﴾ أي الرّاهن كبطلانها بموت الوكيل ، سواء كان المرتهن أو غيره لما عرفت من أنّ لزومها الحاصل من الإشتراط مادام محلها باقياً ، لا إذاخرج عن قابلية النيابة والإستنابة اللذينهما من مقومات الوكالة .

نعم تبطل هي خاصة ﴿دون الرّهانة﴾ لعدم الإرتباط بينهما ، ضرورة تبعية الرهانة للدين الذي لم يختلف في حالي موت كل منهما ، وحياته . و من هنا حكى الشهيد عن إملاء فخر الإسلام أنه نقل الإجماع على انتقال حق الإرتهان إلى المشتري لوباعه المرتهن ، و هو في ذمّة الراهن من شخص فتغير مالك الدين ـ كتغير مالك العين المرهونة بموت الراهن والمرتهن ـ غير قادح في انتقال حق الرهانة ، فضلاً عن تبين كون الدين لغير المرتهن بإقرار ، أوبيّنة على أنه كان وكيلاً في الدين والإرتهان كما هو واضح .

﴿و﴾ قد ظهر مما ذكرنا أنه ﴿لومات المرتهن﴾ المشروط وكالته ﴿لم تنتقل إلى الوارث﴾ وكالته ، لكن ذكر المصنف وغيره ﴿إلاّ أن يشترطه﴾ بل لم يعرف فيه خلاف بينهم ﴿و كذا إن كان الوكيل غيره﴾ أي المرتهن .

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من ابواب المهور الحديث ـ ٤ .

و ربما أشكل بأنه لامعنى لاشتراط إنتقال الوكالة التي تبطل بالموت ، وبأنه لامعنى لاشتراط وكالة الوارث على معنى حصولها بنفس الشرط في العقد على حسب حال المورث وربما يكون غير موجود حال الاشتراط ، فضلاً عن كونه غير قابل .

ويدفع بأن المراد بالاشتراط ما عرفت من البيع عنه للمرتهن ، أو لوارثه فالشرط عليه هو البيع عنه ، و هو صحيح بالنسبة إلى المرتهن و وارثه والاجنبي ، والوكالة فيه تبعية لاأصلية ، أو يراد اشتراط التوكيل عليه بصيغة جديدة للوارث ، إلاّ أنّ الأوّل أولى وأدق ، كما أنّ اشتراطها على الراهن بعدموته لابدّ من تنزيله على الوصية ، ضرورة عدم صحة الوكالة بعد الموت والله أعلم .

وقد تلخص من ذلك و ممّا ذكرناه في غير المقام أن المراد بقول الأصحاب تلزم الوكالة اذا اشترطت في عقد لازم ، أحد أمرين :

الأوّل : إرادة الوكالة العقدية ، وهذه لاريب في عدم تحققها بالشرط الذي هو في الحقيقة معنى مباين لا يجابها ، فلايتحقق حينئذ عقدها بذلك ، ولايقال : انهما عقدان بل هو عقد واحد مشتمل على شرط مفيد للالزام بحصولها ، فيحتاج في الوفاء به إلى إيجاد عقدها ولزومها ، إمّا لكون المراد ولو من القرينة إرادة عدم العزل ، و إمّا لكون المراد البيع وكيلاً عنه من حين إيجاد صيغة التوكيل إلى حصولها البيع ، فلو عزله في الأثناء لم يؤثر، لكونه منافياً للشرط الذى هو البيع عنه وكيلاً من حين التوكيل .

نعم لاريب في جريان باقي أحكام الوكالة عليها ، كالفسخ بالموت والجنون والاغماء ونحو ذلك ، مما كان دليله شاملاً للوكالة المشروطة في عقد لازم و غيرها ، لكون كل منهما وكالة ولم يفد الشرط إلاّ كونها لازمة على المشروط عليه ، بمعنى عدم جواز فسخها منه باعتبار وجوب الوفاء بالشرط لاغير ذلك ، من أحكام الوكالة ، ولعلّ هذا هو الموافق لكلمات الأصحاب ، خصوصاً مع ملاحظة ماذكرناه في وجه الاستدلال على انفساخها بالموت ، وخصوصاً مع ملاحظة اطلاق اسم الوكالة عليها ، وهي عندهم عبارة عن العقد المخصوص ، ولاينافي ذلك قولهم أنها لاتنتقل بموت المرتهن مثلاً

إلى وارثه الآ مع الشرط ، ضرورة صلاحية إلزام تحصيلها بعقدها على الراهن مثلاً بالنسبة إلى وارث المرتهن و غيره ، لعموم أدلة الشرط ، لأنّ المراد إنتقال الوكالة من دون عقدها إلى الوارث بالشرط كما هو واضح .

والثاني: أن يراد بالوكالة المصداق الموافق لمصداقها مع عدم التقييد بكونها وكالة ، نحو ملك العين بعوض معلوم و إن لم يكن بيعاً ، وقد ذكرنا سابقاً صحة اشتراط ذلك بعد عدم دليل على انحصار مفاده في عقد الوكالة التي أقصاها أنها تفيده، لأنه لا يكون إلاّ بها ، فيبقى عموم الشرط حينئذ بحاله .

نعم لا يلحق ذلك شيء من أحكام الوكالة الثابتة لها من حيث كونها وكالة ، لما عرفته من عدم كون الحاصل بالشرط من أفرادها ، أما الانفساخ بالموت والجنون والإغماء فقد يقال: بثبوتها باعتبار لحوقها لمعنى النيابة المفروض تحققها في المعنى الشرطي ، إذ لا يعقل نيابته وهو ميّت أو مجنون أو مغمى عليه ، كما لا يعقل نيابته عنهم .

وبالجملة كل حكم ثبت للوكالة من حيث معنى النيابة يلحق المستفاد من الشرط ، ضرورة كونه نيابة ، وإن لم يكن وكالة ، دون غيره من الاحكام الثابتة للوكالة باعتبار مفهومها المفروض عدمه في المعنى الشرطي ، وأمّا اشتراط هذا المعنى بالنسبة إلى الوارث أو الأجنبي فلا بأس به ، لعموم المؤمنون و غيرها ، وليس هو من الوكالة المحتاجة إلى عقد وهذ اجيّد وينطبق عليه اللزوم مع الإشتراط في عقد لازم ، إلّا أنه بعيد عن كلمات الأصحاب والله العالم .

﴿ولو مات المرتهن ولم يعلم﴾ أن ﴿الرهن﴾ في تركته ، لم يحكم به في ذمته، لأصالة البراءة ، ولعلّه تلف منه بغير تفريط ، ولا في ماله لأصالة عدمه فيما هو في ملكه بمقتضى ظاهر يده المحكوم شرعاً بأنه لورثته ، بمقتضى عموم[1] «ما تركه الميت» وحينئذ فلو ﴿كان﴾ الرّهن فيها في الواقع فهو ﴿ كسبيل ماله ﴾ في الظاهر ، كما في السرائر، والقواعد ، و التحرير ، و غيرها ﴿ حتى يُعلم بعينه ﴾ بقيام بينة و نحوها ، وان اشتبه بنظائره فيها ، فإن المرجع فيه حينئذ إلى الصلح ونحوه ، لأن المراد حتى

(١) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب ولاءضمان الجريرة الحديث - ٢ - ١٣ -

يعلم بشخصه و خصوصه ، ضرورة عدم خروج المال عن ملك صاحبه بالاشتباه ، بل الظاهر تقديمه على الغرماء ، لكونه كالشريك في الأعيان .

و إن كان قد يحتمل مساواتهم باعتبار كون الإشتباه كالتلف في الرجوع إلى الضمان ، ولعلّه لذا قال المصنف في باب الوديعة: «إذا اعترف بالوديعة ثمّ ماتوجهلت عينها قيل : تخرج من أصل تركته ، ولو كان له غرماء ، فضاقت التركة حاصّهم المستودع ، على تردد » و إن كان هو واضح الضعف .

وكيف كان فلابد من حمل العبارة على ما ذكرناه ، وان كانت لاتخلو من إبهام ولذا تركها في القواعد وغيرها والأمر فيذلك سهل. نعم قديشكل أصل الحكم بذلك و ان كان ظاهرهم الجزم به هنا ، كما اعترف به في المسالك ، بأن الأصل بقاؤه في المال الذي كان فيزمن الحياة ملك ورهن ، فلاقضاء لليد بالملك بعد العلم بانهاكانت أعم ، والأصل عدم التلف ، كماأن الأصلعدم تركة له غير الموجود ، فينحصر الرهن حينئذ فيالتركة الموجودة بمقتضى الأصل الشرعي الذي هو بعدفرض حجيته كالبيّنة ونحوها ، و أصالة عدم كونها من التركة الموجودة لا أصل لها ، إذ ليس لها حالة سابقة كان خارجاً عنها حتى تستصحب .

و ما في المسالك ـ تبعاً لجامع المقاصد في الجملة من أنه يمكن أن يقال : لاتعارض بين الأصلين ، فاصالة بقاء المال يمكن أن يجامع أصالة البراءة ، لأن المال بيد المرتهن غير مضمون ، بل هو امانة يمكن تلفه بغير تفريط فلايكون مضموناً ، وحديث [1] « على اليد مااخذت حتىتؤدى » لابد من تخصيصه بالأمانات ، ولم يعلم هنا مايزيل الأمانة ، فيبقى اصالة براءة الذمة رافعة لاستحقاق الرّاهن في المال والذمة ، لعدم التعارض ، فيتم ما اطلقوه حيث يشتبه الحال .

ـ واضح الضعف بعدماعرفت من إقتضاء اصالة بقاء المال ، و اصل عدم التلف، و أصل عدم تركة له غير الموجود ـ كونه في المال ، وليس هذا من ضمان المال. حتى يقال : إن الأمانة خرجت من عموم «على اليد » وفي مضاربة القواعد « ولومات العامل

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ .

ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار أسوة الغرماء على إشكال » وستسمع ما فيها .

و في التذكرة في الوديعة « نعم قد يتجه ما ذكره فيما لو علم بالرهن ، و لم يوجد في التركة قطعاً ، كما إذا كان سيفاً مثلا ولاسيف فيها ، مع أنه قد يقال : بالضمان فيه أيضا ، لأصالة البقاء ، و عموم « على اليد » المسلم استثناء تلف الأمانة منه بغير تفريط ، الثابت بالبيّنة أو بيمين لاسائر أحوال الأمانة ، فالتلف الذي لم يدع الأمين كونه بغير تفريط ، ولاعلم كونه كذلك على قاعدة الضمان .

بل لوسلّم أن المستثنى تلف الأمانة مطلقا ، حتى يكون الأصل في تلفها عدم الضمان إلاّ بأن يعلم كونه بتفريط ، فهو بعد إحراز التلف ، أما إذا لم يكن معلوماً بل الأصل يقتضي عدمه ، فلا ، وعدم الوجود في التركة أعم منه قطعاً ، إذ يمكن جعله في حرز لايعلم به إلاّ هو ، فعموم على اليد بحاله ، بل في الحقيقة ليس ذلك تضميناً بل هو ورد للأمانة المحكوم ببقائها بمقتضى الأصل الذي لافرق بين الأمين و غيره في الخطاب به » .

قال في القواعد : ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والديون سواء على إشكال : أي في كيفية الضمان لافي أصله ، هذا إن أقرّ أن عنده وديعة ، أو عليه وديعة أو ثبت أنه مات و عنده و ديعة ، أما لو كانت عنده في حياته ولم توجد بعينها ، ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان إشكال » و عن شرح الارشاد « نسبة الضمان إلى نص الأصحاب » وفي التذكرة « قد بيّنا الخلاف فيما إذا كان عنده وديعة ولم توجد في تركته ، فإن الذي يقتضيه النظر عدم الضمان ، والذي عليه فتوى اكثر العلماء منا ومن الشافعية الضمان » .

و قد بان لك من ذلك كله أن الصور ستة :

الأولى : علم الرّهن في جملة التركة .

الثّانية : أن يعلم أنه كان عند الميت ولم يعلم كونه في التركة أولا ؟ تلف بغير تفريط أولا ؟ .

الثالثة : أن يعلم كونه عنده كذلك ، ولكن ليس في التركة قطعاً .

الرّابعة : أن يعلم تلفه في يده ولم يعلم كونه بتفريط أولا ؟ .

الخامسة : أن يعلم كونه عنده إلى أن مات ، وأنه لم يتلف منه ، إلاّ أنه لم يوجد في التركة .

السّادسة : كذلك ، إلّا أنها مع احتمال التلف بعد الموت ، كل ذلك مع عدم التقصير منه بترك الوصية والإشهاد ، وحكم الأولى واضح ، كحكم مالو علم الرّهن بعينه ، أما ماعداها فقد يقوى الضمان في غير الرابعة التي قدعرفت احتماله فيها ، إلا أن الأقوى خلافه ، كما أن الأقوى في بعض صور الضمان التقديم على باقي الغرماء ، بل لعلّه محتمل في جميعها ، لماعرفت من أنه في الحقيقة ردّ للامانة نفسها ، لاضمان لها .

أما إذا لم يعلم أن في التركة رهنا ، لعدم العلم بأصل الرّهانة فلا إشكال في كون الحكم في الجميع كسبيل مال الميّت ، عملا بظاهر اليد ، وأصالة عدم الرّهن ، ويمكن حمل عبارة المصنف وغيره عليه . بل لعلّه كذلك في العلم بأصل الرّهانة في الجملة ، إلا أنه لم يعلم الفك وعدمه ، وإن كان قد يحتمل الحكم بها لأصالتها ، خصوصاً اذا كانت العين مشخصة ، وقد علم أنها كانت رهنا عند الميت ، ثم لم يعلم أنها قد خرجت عنه ودخلت في ملك الميت ، أو أنها باقية على الحال الأول ، فتأمّل .

واحتمال - خروج الرهن عن حكم الوديعة والمضاربة ، لخبر عمر بن رياح القلا [1] « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل هلك وترك صندوقاً فيه رهون ، بعضها عليها أسماء أصحابها ، وبكم هورهن ، وبعضها لايدرى لمن هو ، ولابكم هو رهن ، فما ترى في هذا الذي لايعرف صاحبه ؟ فقال : هو كماله .

يدفعه معلومية عدم العمل بظاهر الخبر فيما نحن بصدده ، بل يكون ذلك كمجهول المالك ، أو يحمل على عدم معرفة كونه رهناً ، أو نحو ذلك ممالا يخالف الضوابط فتأمّل جيّداً . فإن المسألة غير محرّرة في كلامهم ، بل لعل المغروس في الذهن عدم الضمان في كثير من صورها والله أعلم .

---

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من ابواب أحكام الرهن الحديث - ١ - لكن في السند محمد بن رياح .

﴿ ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن ﴾ من الراهن أو من يقوم مقامه قطعاً ، ومن نفسه إذا كان وكيلا عنه وكالة شاملة له بالتصريح أو العموم الذي هومثله ، بل ومع اطلاق الوكالة على المشهور ، بل في المختلف « من غير كراهة لتحقق الموكل عليه بالبيع منه ، ضرورة صدقه عليه » خصوصاً مع اشعار عدم التعرض للخصوصية بالغائها ، وأن المراد بيعه بثمنه من أيّ مشترٍ كان ، ودعوى ـ ظهور الوكالة في عدم بيعه عليه ، أو في البيع على غيره من غير تعرض له ، فحينئذ لايجوز إلاّ بالاذن ، أو وجود قرينة تدل عليه ، كما اختاره في جامع المقاصد هنا ـ لاشاهد لها ، ولوسلّم الانسياق فهو انسياق أظهرية لبعض الأفراد ، لاأن ذلك هوالمراد .

وهذا البحث لايخص المقام ، بل هو جار في غيره ، وتمام الكلام فيه هناك ، إلا أن ظاهر المصنف فيما تقدم عدم بيعه من نفسه في اطلاق الوكالة ، وعن أبي علي : « لو وكل المرتهن في بيعه لم اختر له بيع ذلك ، خاصة إذا كان الرهن ممّا يحتاج إلى استيفاء أووزن ، أوأراد المرتهن شراءه أو بيعه لولده وشريكه ، أوما يجري مجراهما » وظاهره الكراهة وإن حكي عنه المنع ، والله أعلم .

﴿ والمرتهن أحق من استيفاء دينه ﴾ من الرهن ﴿ من غيره من ﴾ باقي ﴿ الغرماء ، سواء كان الرّاهن حيّاً ﴾ وقد حجر عليه للفلس ﴿ أو ميّتاً ، على الأشهر ﴾ بل المشهور بل لاخلاف فيه في الأول ، بل والثاني عدا ما عساه يظهر من الصدوق ، حيث أنه روى الرّواية الدّالة على الاشتراك التي رماها في السرائر بالشذوذ ، وفي الدروس بالهجر ، وهو في معنى الاجماع ، بل في الأول دعواه صريحاً ولعلّه كذلك إذ خلاف الصدوق ـ مع أنه غير متحقق ، لعدوله عمّا ذكره في أول كتابه من أنه لايذكر فيه إلاّ مايفتي به ـ غير قادح فهو الحجة حينئذ ، مضافاً إلى ما دلّ من النصوص [1] وغيرها على كون الرهن وثيقة للدين ، وفائدتها شرعاً وعرفاً استيفاء الدين منها .

---

(١) الوسائل الباب ـ ١ ـ من ابواب احكام الرهن الحديث ـ١ـ٦ـ٩ .

وخبر عبدالله بن الحكم [1] ـ الضعيف المرتفع القول عن الصادق عليه السلام « عن رجل افلس وعليه الدين لقوم ، وعند بعضهم رهون ، وليس عند بعضهم فمات ، ولا يحيط ماله بماعليه من الدين ، فقال : يقسم جميع ماخلف من الرّهون وغيرها على أرباب الدين بالحصص » .

ـ محمول على الرهانة بعد الفلس ، أومطرح كمكاتبة سليمان بن حفص [2] ـ الذي لم ينص علماء الرجال على توثيقه ، بل ولا مدحه ، ـ إلى أبي الحسن عليه السلام « في رجل مات وعليه الدين ولم يخلف شيئاً إلّا رهناً في يد بعضهم ، فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن ، أيأخذه بماله ، أو هو وسائر الدّيان فيه شركاء فكتب جميع الديان في ذلك سواء ، يتوزّعونه بينهم بالحصص » فمن الغريب وسوسة بعض متأخري المتأخرين في الحكم المزبور لهما ، ولاغرابة بعد اختلال الطريقة ، نعم لوزادالرّهن عن الدّين اختص الغرماء بالزائد .

﴿ و ﴾ أمّا ﴿ لوأعوز ﴾ الرهن عن وفاء الدين وقصر ﴿ ضرب ﴾ صاحب الدين ﴿ مع الغرماء بالفاضل ﴾ بلاخلاف ولا إشكال لأن دينه في الذمة لامحصور بالرهن كما هو واضح ﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ الرّهن أمانة في يده لايضمنه لو تلف ﴾ عنده بغير تفريط ، بلاخلاف أجده فيه بيننا ، بل ظاهر كشف الحق وغيره الإجماع عليه ، بل عن الخلاف ، والغنية ، والسرائر ، والتذكرة ، والمفاتيح ، دعواه صريحاً ، فمن الغريب نسبته في الدروس إلى الأشهر ، مشعراً بوجود الخلاف فيه بيننا ، نعم هو معروف بين العامة .

فعن أبي حنيفة أنه مضمون ، وعن شريح ، والنخعي ، والحسن البصري ، أنه مضمون بجميع الدين ، وإن كان أكثر من قيمته ، لأنّ الرهانة تذهب بما فيها ، وربّما حكي عنهم أنه مضمون بجميع قيمته ، فيترادّان الفضل حينئذ بينهما . وعن الثوري ، وأصحاب الرأي أنه يضمنه بأقل الأمرين من قيمته أو قدرالدين ، فإن كان قيمته أقلّ سقط من الدين بقدر قيمته والاّ سقط الدين ولايضمن الزيادة .

---

(١) (٢) الوسائل الباب ـ ١٩ من ابواب احكام الرهن الحديث ـ ١ ـ ٢ .

وقال الصادق عليه السلام في صحيح جميل [1] « عن رجل رهن عند رجل رهنا فضاع الرّهن فهو من مال الرّاهن ، ويرتجع المرتهن بماله عليه » وفي صحيح اسحاق بن عمار الصيرفي [2] الثقة « قلت لأبي ابراهيم عليه السلام : الرّجل يرتهن العبد فيصيبه عورا وينقص من جسده شيء ، على من يكون نقصان ذلك ؟ قال : على مولاه ، قال : إن الناس يقولون إن رهنت العبد فمرض او إنفقأت عينه فأصابه نقصان في جسده ينقص من مال الرجل بقدر ماينقص من العبد ، قال : أرأيت لوأن العبد قتل قتيلا على من تكون جنايته ؟ قال : جنايته في عنقه » .

وفي خبره الآخر [3] عنه أيضاً « قلت له : الرّجل يرهن الغلام أو الدار ، فتصيبه الآفة على من يكون ؟ قال : على مولاه ، ثم قال : أرأيت لوقتل قتيلا على من كان يكون ؟ قلت : هو في عنق العبد ، قال : ألاترى فلم يذهب عن مال هذا ، ثم قال : أرايت لوكان ثمنه ماءة دينار فزاد وبلغ مأتي دينار لمن كان يكون ؟ قلت : لمولاه ، قال : وكذلك يكون عليه مايكون له » إلى غير ذلك من الأخبار الدّالة على المجمع عليه بين الأصحاب ، المشتملة على بيان الوجه ردّاً على العامّة العمياء ، المستفاد منها الدلالة بمادلّ من النصوص على أن منفعة الرهن للمالك ، بضميمة قاعدة « أن من كان النفع له ، كان النقصان عليه » .

كما تضمنه الخبر النبوي [4] المشهور الذي استدل به هنا غير واحد من الأصحاب: « لايغلق الرّهن من صاحبه ، له غنمه ، وعليه غرمه » أي لايملكه المرتهن بالارتهان وفي الآخر [5] « الخراج بالضمان » فإذا كان خراجه للرّاهن بلاخلاف ، كان ضمانه عليه .

فمن الغريب وسوسة بعض متأخري المتأخرين في الحكم المزبور ، لأخبار

---

(١)(٢) الوسائل الباب ٥- من ابواب احكام الرهن الحديث ١-٢ مع اختلاف يسير.
(٣) الوسائل الباب - ٥ - من ابواب احكام الرهن الحديث -٦-
(٤) المستدرك ج - ٢ - ص ٤٩٥
(٥) المستدرك ج - ٢ - ص ٤٧٣

معلومة الطرح بين الأصحاب ، وأنها خرجت مخرج التقية ، أو محمولة على التفريط ، أو نحو ذلك .

كخبر محمد بن قيس [١] عن الصادق عليه السلام « عن أبي جعفر عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرّهن ، وإن كان أقلّ من ماله فهلك الرهن أدى إلى صاحبه فضل ماله ، وإن كان الرّهن يسوى مارهنه ، فليس عليه شيء » .

وموثق ابن بكير [٢] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرّهن ؟ فقال : إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدى الفضل الى صاحب الرهن وإن كان أقلّ من ماله فهلك الرّهن ، أدّى إلى صاحبه فضل ماله ، وإن كان سواء فليس عليه شيء » .

وخبر أبي حمزة [٣] « سألت أباجعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام في الرّهن يترادان الفضل ؟ قال : كان علي عليه السلام يقول : ذلك ، قلت : كيف يترادّان الفضل ؟ فقال : إذا كان الرهن أفضل مما رهن به ، ثم عطب يرد المرتهن بالفضل على صاحبه ، وإن كان لايسوى ردّ الرّاهن ما نقص من حق المرتهن ، قال : وكذلك كان قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك » .

وخبر عبدالله بن الحكم [٤] « سألت الصادق عليه السلام عن رجل رهن عند رجل رهناً على ألف درهم ، والرهن يساوي ألفين فضاع فقال يرجع عليه بفضل ما رهنه ، وإن كان أنقص ممّا رهنه عليه فالرهن بمافيه .

وخبر اسحق بن عمار [٥] « سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمأة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم ، فهلك ، أعلى الرجل أن يردّ على صاحبه مأتي درهم؟ قال: نعم، لأنه أخذ رهناً فيه فضل وضيّعه ، قلت: فهلك نصف الرهن فقال: على حساب ذلك ، قلت : فيترادّان الفضل ؟ قال : نعم » .

إلى غير ذلك من النصوص التي يمكن حملها على صورة التفريط ، كما يشعر به

(١) الوسائل الباب ـ ٧ ـ من ابواب احكام الرهن الحديث ـ٤ـ
(٢-٥) الوسائل الباب ـ ٧ ـ من ابواب احكام الرهن الحديث ـ٣ـ ٥١ ـ ٢ـ

قوله في الأخير ضيعه ، بل أوضح منه مرسل أبان [1] « عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في الرهن : إذا ضاع عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقه على الراهن فأخذه ، فإن استهلكه ترادا الفضل فيما بينهما » بل هو كالصريح في أن مراد على مما رووه عنه عليه السلام من تراد الفضل فيما بينهما في صورة الاستهلاك ، لاما فهمه بعض العامة .

وعلى كل حال فالمسألة من الواضحات ، وحينئذ فهو أمانة يجري عليه حكمها الذي منه تصديقه في دعوى التلف ، من غير فرق بين ذهابه وحده ، أومع جملة من ماله.

لكن في مرسل أبان [2] « عن أبي عبدالله عليه السلام سألته كيف يكون الرهن بما فيه ؟ إن كان حيواناً ، أو دابة ، أو ذهباً ، أو فضة ، أومتاعاً ، فأصابته جائحة حريق أولص ، فهلك ماله أو بعض متاعه ، وليس له على مصيبته بينة ، قال: إذا ذهب متاعه كله فلم يوجد له شيء فلاشيء عليه ، و إن قال : ذهب من بين مالي وله مال فلايصدق » و به أفتى ابن الجنيد قال فيما حكي عنه : والمرتهن يصدق في ضياع الرهن إذا كان جائحة ظاهرة ، أوإذا ذهب متاعه والمرهون ، فإن ادعى ذهاب الرهن وحده ، لم يصدق ولم أجد له موافقاً منا.

نعم حكي عن مالك أنه إن كان تلفه أي الرهن بأمر ظاهر كان من ضمان الراهن ، وإن ادعى تلفه بأمر خفي ضمنه المرتهن ، كما أنه لم أجد موافقاً للصدوق فيما حكي عنه من عدم ضمان المرتهن لو ترك تعاهد الرهن ونشره ، مع حاجته إليهما فتلف بذلك ، عملا بما أرسله في الفقيه [3] « في رجل رهن عند رجل مملوكا فجذم أو رهن عنده متاعاً فلم ينشر ذلك المتاع ولم يتعاهده ولم يحركه فأكل - يعنى أكله السوس- ينقصه من ماله بقدر ذلك؟ قال :لا» ويمكن حمله على عدم علم المرتهن باحتياجه ، أوعلى اشتراطه التعاهد على الراهن ، أو غير ذلك ، كما أنه يمكن حمل الأول على

(١) الوسائل الباب - ٥ - من ابواب احكام الرهن الحديث - ٧ - .
(٢) الوسائل الباب - ٩ - من ابواب احكام الرهن الحديث - ١ - مع اختلاف يسير
(٣) الوسائل الباب - ٥ - من ابواب احكام الرهن الحديث - ٩ - .

إرادة حصول التهمة الموجبة لليمين عليه ، فلاريب في أن العمل فيهما على المشهور .

﴿ و ﴾ قد ظهر من ذلك كله أنه ﴿ لايسقط من حقه ﴾ أى المرتهن ﴿ شيء ما لم يتلف ﴾ في يده ﴿ بتفريطه ﴾ فأمّا إذا كان بتفريط حصل التهاتر قهراً مع حصول شرائطه ، وإلا كان كل منهما مديوناً للآخر ، واحتمال التهاتر على كل حال ـ الظاهر ماسمعته من النصوص المحمولة على ذلك ، أو الظاهرة فيه ، ـ بعيد لقصورها عن الجرأة بها على مخالفة الضوابط ، خصوصاً بعد احتمال جريانها على الغالب من المساوات ، واحتمال إرادة شبه التهاتر منها أو غير ذلك ، فماعساه يوهمه عبارة المصنف وغيرها ، لابدّ من تقييده بما ذكرنا .

﴿ و ﴾ على كل حال فالمشهور بين الاصحاب خصوصاً المتأخرين عدم جواز تصرف المرتهن في الرهن من دون إذن الراهن ف ﴿ لو تصرف ﴾ المرتهن حينئذ ﴿ فيه ﴾ اى في الرهن ﴿ بركوب أوسكنى ﴾ مثلا ﴿ أو إجارة ﴾ من دون إذن الراهن أثم و ﴿ ضمن ﴾ العين لو تلفت بقيمتها يوم الهلاك ، أو يوم التعدى ، أو يوم المطالبة ، أو أعلى القيم على البحث السابق والآتي في الغاصب ونحوه .

﴿ ولزمه أجرة ﴾ المثل في الاولين على المشهور ، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه ، لأنه انتفاع بمال الغير بغير إذنه .

والحسن كالصحيح [1] « عن أبي جعفر عليه السلام أن امير المؤمنين عليه السلام قال في الأرض البور يرتهنها الرجل ليس فيها ثمرة ، فزرعها وأنفق عليها من ماله ، أنه يحتسب له نفقته وعمله خالصاً ، ثم ينظر نصيب الأرض فيحتسب من ماله الذي ارتهن به الأرض حتى يستوفي ماله ، فإذا استوفى ماله فليدفع الارض إلى صاحبها » ولغير ذلك .

والأجرة المسماة في الثالث ، إذا كان قد قبضها المستأجر ، و أجاز المالك عقد الاجارة والقبض ، فان لم يجز القبض رجع بها على المستأجر إذا كانت في الذمة و إلا تخيّر بين الرجوع عليه والرجوع على المرتهن ، وان لم يجز العقد ولم تمض مدّة تصلح لاستيفاء مايقابل بأجرة عادة ، فضلا عن المنفعة المقصودة بالإجارة لم يكن

(١) الوسائل الباب ـ ١٠ ـ من ابواب احكام الرهن الحديث ـ ١ .

له شيء عندهما ، أما إذا أسلمها و قد مضت إحدى المدتين كان له أجرة المثل على المستأجر بفوات المستأجر منفعة ماله في يده التي هي يدضمان ، بل قديقال : بأن له الرجوع على المرتهن لأنه باجارته صار غاصباً ، فيتخير المالك في الرجوع على من شاء منهما .

و منه ينقدح ضمانه : أي المرتهن كل منفعة للرهن تفوت عنده ، إذ كان قد تعدى فيه و إن لم يستوفها ، بل ينقدح ضمانه في الفرض ، وان لم يتسلم المستأجر العين ، بناء على أن عقده عليها ، و بذلها للمستأجر تعدٍّ ، كما صرّح به في المسالك ، وان لم يتسلمها منه ، نعم لوكان مجرّد عقدفضولاً ولم يسلّمها إياه ولابذلها له لم يكن تعديا .

وكيف كان فلافرق في عدم جواز تصرف المرتهن بين كونه قد انفق علىالرهن بوجه شرعي أو لم ينفق ، لقبح التصرف في مال الغير على كل حال ، ﴿ و ﴾ حينئذ فـ﴿إن كان للرهن مؤنة كالدّابة ، أنفق عليها﴾ ولوكان قد تصرّف فيها بركوب ونحوه ظلماً ﴿ وتقاصا ﴾ كما في النافع ، والقواعد ، والتحرير ، والارشاد ، والكتاب ، واللمعة ، و غيرها ، بل في الدروس عليه المتأخرون : أي تهاترا قهراً مع اجتماع الشرائط من التساوي في النوع والصفة .

﴿ و قيل ﴾ إن الشيخ في نهايته والحلبي ، وابني حمزة ، وسعيد قالوا ﴿ إذا أنفق عليها كان له ركوبها أو يرجع على الراهن بما أنفق ﴾ قال في النهاية : « إذا كان الرهن الدّابة فركبها المرتهن كانت نفقتها عليه ، و كذلك إذا كانت شاة وشرب لبنها كان عليه نفقتها ، و إذا كان عند انسان دابة ، أو حيوان ، أو رقيق رهنا ، فان نفقتها على الراهن دون المرتهن ، فان أنفق المرتهن عليها كان له ركوبها ، والانتفاع بها ، أو الرجوع على الراهن بما أنفق » ، و قال أبو الصّلاح : « يجوز للمرتهن إذا كان الرهن حيواناً يتكفل مؤنته أن ينتفع بظهره أو خدمته أوصوفه أولبنه ، وإن لم يتراضيا ، ولايحلّ شيء من ذلك من غير تكفل مؤنة ولامراضاة ، والأولى أن يصرف قيمة منافعه في مؤنته » .

و في الوسيلة : و إن رهن حيواناً كان نفقته على الراهن ، فإن أنفق عليه المرتهن كان له الرجوع على صاحبه مالم ينتفع به ، فإن انتفع به ولم ينفق ردّ قدر ما انتفع به ، نحو ما في جامع الشرايع ، كما قيل ، إلا أن الأخيرين كما ترى لاصراحة فيهما بالخلاف ، بل يمكن إرجاع كلامهما إلى ما عليه الأصحاب ، فانحصر الخلاف حينئذ في النهاية التي هي متون أخبار ، وليست كتاب فتوى ، و في أبي الصّلاح الذي نقل لناكلامه ، وليس النقل كالعيان .

و على كل حال فمستندهما في ذلك صحيح أبي ولاد [1] « سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن الرجل يأخذ الدّابة أو البعير رهناً بماله أله أن يركبه ؟ فقال : إن كان يعلفه فله أن يركبه ، و إن كان الـذي رهنه عنـده يعلفه ، فليس له أن يركبه ، » و خبر السكوني « [2] عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليه‌السلام قال : قال رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله : الظهر يركب إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب نفقته ، والدّر يشرب إذا كان مرهوناً، وعلى الذّي يشرب نفقته» اللذين يمكن حملهما على مساوات الحقّين ،والاذن ولو للعادة ، أولأن رهنه مع عدم الإنفاق قرينة على ذلك ، ولاسيّما إذا كان عدم الركوب والحلب مما يفسده ، أو على غير ذلك .

بل لابأس بطرحهما ، بعد اعراض معظم الأصحاب عنهما بل في التذكرة «ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن بدون إذن الراهن بلاخلاف،» وفي السرائر «لايجوز للمرتهن التصرف في الرهن على حال ، للاجماع على أنّ الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن » و مخالفتهما لقاعدة « عدم التصرّف في مال الغير بغير إذنه » وقاعدة الضمان لمايتلفه المتلف ، والرجوع بما عرفه على الوجه الشرعي ، مضافاً إلى عدم صراحتهما في المقابلة ، ولا في منع المقاصة .

فمن الغريب بعد ذلك كله ما في الدروس من أن المشهور جواز الانتفاع ، قال : « ونفقة الرهن على الراهن لاعلى المرتهن ، فإن أنفق متبرعا فلا رجوع ، و إن كان باذن الراهن، أوالحاكم عندتعذره أو اشهد عند تعذر الحاكم ، رجع بها على الراهن ،

(١) (٢) ـ الوسائل الباب ـ ١٢ ـ من ابواب الرهن الحديث ـ ١ ـ ٢ ـ .

ولوكان له منفعة كالركوب و الدّر فالمشهور جواز الانتفاع بهما ، و يكون بإزاء النفقة، و هو في رواية أبي ولاد والسكوني وفي النهاية «إن انتفع ، و إلا رجع بالنفقة».

و منع ابن ادريس من الإنتفاع ، فإن انتفع تقاصّا و عليه المتأخرون ، و الروايتان ليستا بصريحتين في المقابلة ، ولا مانعتين من المقاصة، نعم تدلان على جواز ذلك وهو حسن ، لئلا تضيع المنفعة على المالك نعم يجب استيذانه إن أمكن و إلاّ فالحاكم » .

و فيه مضافاً إلى ما عرفت أن ضياع المنفعة على المالك إن لم يستوفها لا يجوّز الاستيفاء لأنه أعم من الإذن من المالك و الإستناد فيه إلى الخبرين يقضي بالعمل بما فيهما من المقابلة أو المقاصة التي إن لم تكن صريحهما فهي ظاهرهما ، وهو حجة كالصريح ، فلا مناص حينئذ عن طرح الخبرين بالنسبة إلى ذلك كله في مقابلة ما عرفت ، أو حملهما على الإذن ونحوه أو على توقف الحفظ على الإنتفاع المزبور ، فإن بعض الدّواب يفسده عدم الركوب ، و عدم الحلب و شرب اللبن ، لانه ممّا يفسده البقاء ، فضمانه بالقيمة كبيعه من غيره ، من الإحسان في حفظ الأمانة ، و الفرض أنّ حمل الخبرين على ذلك ونحوه أولى من العمل بهما ، و مع فرض عدم قبولهما لشيء من ذلك فطرحهما متّجه كما هو واضح .

ثم إن المصنّف و غيره قد أطلق جواز الإنفاق، ولابد من تقييده بعدم التمكن من إنفاق المالك لامتناع وعدم إمكان جبر ، ولا توصل إلى ماله ، أو لغيبة كذلك ، ضرورة كون النفقة عليه لا على المرتهن، بل قد يظهر من جماعة تقييده أيضاً بعدم التمكن من الحاكم ، و إلاّ وجب الرجوع إليه و الإستيذان منه ، و هو في محلّه ، لأنه ولي الممتنع و الغائب في نحو ذلك، بل ربما ظهر من بعضهم اعتبار الإشهاد في الرجوع بما أنفقه عند تعذر المالك و الحاكم و إن كان واضح المنع ، ضرورة تعسّره أو تعذره، فهو مصدّق بمقدار ما أنفقه ، و في دعوى نية الرجوع ، لأنه أمين شرعي على ذلك ، ومع التهمة عليه اليمين، بل ربما ظهر من بعضهنا عدم اعتبار الحاكم، بل يشهد له بعض كلماتهم في باب الوديعة و اللقطة ، بل عن المهذّب البارع ، أن من عدا الشهيد لم

يشترطه ، قال : اشترط الشهيد في جواز الرجوع بالنفقة إذن المالك أو الحاكم ، فان تعذّر فالاشهاد ، ولم يشترط الباقون إذن الحاكم ، و هو أولى ، و ان كان فيه أنه اشترطه الفاضل في التذكرة، بل هوفي معقد ماتسمعه من شهرة المسالك وغيرها .

و على كل حال فلعل وجه عدم اشتراط الحاكم أن المرتهن باستيمان المالك قائم مقامه عند تعذره أو امتناعه ، فلا حاجة إلى رجوعه إلى الحاكم ، خصوصاً مع اندراجه في المحسنين ، وتعلق غرضه بالانفاق ، باعتبار توقف بقاء الرهن الموضوع وثيقة له على دينه عليه ، بل قديقال لذلك بالاكتفاء في جوازرجوعه بما أنفقه عدم انفاق المالك، لا إمتناعه مع عدم إمكان جبره أو غيبة ونحوهما، و إن كان ينافيهظاهر كلامهم ، و أصالة براءةالذمة ، و أصالة عدم قيام الغير مقامه فيشغل ذمتهمنغيراذنه . بل لايبعد انه راجه في هذا الحال فيسلك المتبرعين الذين لاحرمة لأموالهم.

ولا يكفي نية الرجوع بعد أن كان الخطاب بالانفاق لغيره ، الذى يمكن أن يكون عدم بذله النفقة منه لغفلة ، أو ظن وجودها أونحوذلك ، فلابد منمطالبته بها أولا ، فان بذل وإلا أجبر ، فان لم يمكن انفق باذن الحاكم أو بدونه على البحث السابق .

و في المسالك وغيرها أن المرتهن إن أمره الراهن بالنفقة رجع بما غرم ، و إلا استأذنه، فان امتنع أوغاب رفع أمره إلى الحاكم ، فان تعذر انفقهوبنية الرجوع، و أشهدعليه ليثبت له استحقاقه . وكيف كان فلابد من تقييد إطلاق المصنف الانفاق بماعرفت ،كما أنه لابد من تقييده المقاصّة باجتماع شرائطها ، و يمكن قراءة عبارة المصنف أوتقاضابالضاد المعجمةكما عن بعض النسخ ، إلا أنه يبعده وقوع هذه اللفظة في غيرها من عبارات الأصحاب ، و الأمر سهل بعد وضوح المقصود و الله أعلم .

﴿و﴾المشهوربينالأصحاب بللماجد فيه خلافا بينهمأنه ﴿يجوز للمرتهن أن يستوفي دينه ممّا في يده﴾ و إن لم يكن وصياً عن الراهن على البيع إن علم و إن ظن بل و ﴿ إن خاف جحود الوارث﴾ للدين أو للرهانة وكانت التركة قاصرة ﴿مع اعترافه﴾ بالرّهن ولم تكن عنده بيّنة مقبولة، و في الرياض « قد صرّح به

الأصحاب من غير خلاف يعرف » . بل عن شرح الارشاد «الاجماع على أن للمرتهن الاستيفاء من الرّهن و إن لم يكن وكيلا في البيع، أوانفسخت وكالته بموت الراهن، إن خاف جحودالراهن، أو الورثة للحق، ولم يمكن اثباته عندالحاكم، لعدم البيّنة ، أوغيره من العوارض» وعن مجمع البرهان «الاجماع أيضاً إن لم تكن له بينة مقبولة أو لم يمكن إثباته عند الحاكم».

و الأصل في ذلك ـ مضافاً إلى الحرج ، والضرر ، وما دل على المقاصة ، وفائدة الرّهن وغير ذلك ـ مكاتبة المروزي[1] لأبي الحسن عليه السلام «في رجل مات وله ورثة ، فجاء رجل فادعى عليه مالا ، و أن عنده رهناً ، فكتب عليه السلام إن كان له على الميت مال، ولا بينة له ، فليأخذ ماله ممّا في يده ، و يردّ الباقي على ورثته ، ومتى أقرّ بما عنده ، أخذ به وطولب بالبيّنة على دعواه ، و أوفي حقّه بعد اليمين ، و متى لم يقم البيّنة و الورثة ينكرون ، فله عليهم يمين علم ، يحلفون بالله ما يعلمون له على ميتهم حقاً » و المناقشة في سندها بعد الانجبار بما سمعت لاوجه لها .

كما أن منها يعلم الوجه فيما ذكره المصنف بقوله ﴿ أمالو اعترف بالرهن ، و ادعى دينا ، لم يحكم له ، وكلّف البيّنة و له إحلاف الوارث إن ادعى عليه العلم﴾ بل لم يشترط في الخبر دعوى العلم ، بل ظاهره توجّه اليمين عليهم بمجرد الدعوى بالدين، و إن كان يمينهم على نفي العلم، لأنه لنفي فعل الغير وعلى كل حال فالخبر ظاهر في الحكم المزبور ، وشموله لصورة عدم خوف الجحود غير قادح ، بعد معلومية عدم ارادتها ، لوجوب الاقتصارفيما خالف أصل عدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه على المتيقن .

و منه يعلم الوجه في اعتبار عدم البيّنة كما ذكرناه ، و نصّ عليه في الخبر ، وفاقاً لجماعة ، و إن أطلق المصنف بل وغيره ، بل عن مجمع البرهان التصريح بانه لايشترط عدم البيّنة ، ولا عدم إمكان الاثبات عند الحاكم ، بل قال : و «الرواية غير صريحة بالاشتراط ، و إنما فيها إشعار يمكن أن يكون قد خرج مخرج الغالب »

(١) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب احكام الرهن الحديث -١ .

و إن كان فيه ما لايخفى بعد ما عرفت الّذى منه يعلم ضعف ما عن بعضهم من الحاق الحاجة إلى اليمين بخوف الجحود ، ولذا نفي الاعتماد عنه في المسالك وغيرها .

بل لولا ظهور الغاء الخصوصية ولو بضميمة ما سمعته من الاجماع من شرح الارشاد لأمكن التوقف في الحاق خوف جحود الراهن، لما عرفت من عدم كون الحكم على القاعدة ، ضرورة أنه ليس من المقاصّة المشروطة بامتناع من عليه الحق ، ولا يكفي فيها الخوف ، إلا أنه لامناص عن الحاقه بعد الاجماع المزبور، المعتضد بتصريح جماعة ، و بظهور عدم الخصوصية للوارث ، بل لابأس بالحاق خوف عدم قبول البينة أوجرحها أو نحو ذلك وعلى كل حال فالمعتبر في الجواز الخوف، لاطلاق الخبر المزبور، وما في القواعد من اعتبار العلم لا يخلو من نظر ، كاعتبار غيره الظّن و الله أعلم .

﴿ ولو وطيء المرتهن الأمة مكرهاً ﴾ لها على ذلك من غير إذن الراهن ﴿ كان عليه عشر قيمتها أو نصف العشر ، وقيل : عليه مهر أمثالها ، ولو طاوعته لم يكن عليه شيء ﴾ كما تقدم تحقيق ذلك كله و تحقيق أرش البكارة في بيع الحيوان فلاحظ وتأمل ، إذ المسألة من واد واحد ولاخصوصية للمرتهن عن غيره ، هذا . وقد عرفت فيما تقدم صحة اشتراط وضع الرهن ابتداء واستدامة أو استدامة خاصة على يدعدل فصاعداً مطلقا ، أومعيّن ، أو غيرهما مطلقا أو معيّن ، وإن لم يكن عدلاً أو نحو ذلك من الشرائط السائغة التي تلزم بعموم « المؤمنون » و« أوفوا » من غير خلاف أجده فيه بيننا ، بل عن التذكرة نسبة اشتراط وضع الرهن على يدعدل إلى علمائنا ، بل عن الخلاف دعوى الاجماع عليه صريحاً ، بل قال : منّا ومن جميع الفقهاء إلاّ ابن أبي ليلى .

نعم في القواعد « يشترط فيه كونه ممن يجوز توكيله ، وهو الجائز التصرف وإن كان كافراً ، أوفاسقاً ، أومكاتباً لكن بجعل ، لاصبياً ولاعبداً إلا باذن مولاه » ولعله لأنه وكيل عن المرتهن نائباً عنه في القبض ، كما عن التذكرة ، وإن كان قد يناقش فيه بمنع الوكالة ، ثم إذا كان المشترط من الوضع استدامته التي لامدخلية لها في

صحة الرهن ، ولالزومه ، بل وفي الابتداء بناءعلى أنه كذلك فلابأس حينئذ بتراضيهما على وضعه في يد صبي ، خصوصاً إذا كان مأموناً رشيداً ، وكان اعتبار الجعل في المكاتب لحجر التصرف عليه في منافعه بغير الاكتساب ، بل اعتبر بعضهم فيه كونه بأجرة المثل فصاعداً .

نعم ينبغي تقييده بما إذا لم يأذن مولاه ، وإلاّ فلايعتبر الجعل ، لأن الحق لهما ، فلابأس إذا أسقطاه ، والظاهر عدم اعتبار تعيين الموضوع عنده في صحة الشرط لعموم الدليل ، وعدم إفضاء جهالته هنا إلى الجهالة فيما يشترط عدمها في صحته ، كالبيع والاجارة ، فإن اتفقا حينئذ عليه فلابأس ، والاّ قطع نزاعهما الحاكم بالتعيين كما إذا لم يشترطا ، وليس لأحدهما ولاللحاكم عزله من دون داع بعد تعيينه في العقد أو الاتّفاق عليه بعد اشتراط كليه فيه، الذي يكون بالاتفاق كمشترط الخصوصية .

نعم لو كان الشرط العدل فخرج عن العدالة فطلب أحدهما نقله أجيب إليه ، فإن اتفقا على غيره ، وإلاوضعه الحاكم عند ثقة ، وكذا لو تغير حاله بمرض ، أو كبر أو نحوهما بحيث لايقدر على الحفظ معه ، بل وكذا لو حدثت له عداوة دنيوية مع أحدهما وإن لم يخرج بها عن العدالة ، إذ لايؤمن أن يرتكب بعض الحيل التي يترتب عليها الضرر ، ولذا لم يأمن العدوّ عدوه ، فهو حينئذ غير مراد من الشرط ، كما أنّهما إذا اتفقا على عزله جاز أيضاً ، وإن لم يتغير حاله ، لأن الحق لهما ، ولو اختلفا في التغيير عمل الحاكم على ما يظهر له بعد البحث ، ولو مات العدل نقلاه إلى من يتفقان عليه ، فان اختلفا نقله الحاكم ، ولو كان الوضع على يد عدل بالاتفاق من دون الشرط فأراد أحدهما عزله دون الآخر رجع الأمر الى الحاكم في إقراره أو نقله ، هذا كله مع القول بعدم استحقاق المرتهن استدامة القبض حال الإطلاق ، وإلا اتّجه قبض المرتهن له في بعض هذه الأحوال والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ اذا وضعاه على يد عدل ﴾ مثلاً ﴿ فللعدل ﴾ المتطوع ﴿ ردّه عليهما ﴾ قطعاً لعدم لزوم ذلك عليه ، ﴿ أو تسليمه إلى من يرتضيانه ﴾ لما

عرفت من أن الحق لهما ﴿ ولايجوز له تسليمه مع وجودهما ﴾ وعدم معلومية امتناعهما ﴿إلى الحاكم﴾ الذي لا ولاية له عليهما في هذا الحال ، للأصل وغيره ﴿ولا إلى أمين ﴾ غير الحاكم و ﴿ غيرهما من غير إذنهما ﴾ لعدم جواز الايداع للودعي من غير إذن ﴿ و ﴾ حينئذ ف ﴿ لوسلّمه ﴾ إلى من لايجوز تسليمه ﴿ ضمن ﴾ هو ومن تسلمه ، وإن كان له الرجوع على العدل مع الغرور .

وفي القواعد « لولم يمتنعا من القبض فدفعه إلى عدل بغير إذنهما ضمن ، ولو أذن له الحاكم ضمن أيضاً ، لانتفاء ولايته عن غير الممتنع ، ويضمن القابض » لكن ينبغي تقييد ضمان الحاكم إذا كان مراداً من الضمير بما إذا كان عامداً ، والا كان من الخطأ فتأمّل ، فانه قد يمنع ضمان الحاكم ابتداء ، وإن رجع عليه ، قال في جامع المقاصد : أي ضمن الدافع وإن اغترّ بإذن الحاكم ، لكن في هذه الحالة يرجع على الحاكم إن تعمد ، وإلا فهو من خطأ الحكام » انتهى وإن كان لايخلو من بحث في الجملة والله العالم .

وكذا يضمن العدل لوسلّمه إلى أحدهما من دون إذن الآخر ، هو ، ومن تسلمه حتى لو كان الرّاهن على معنى أنه لو تلف في يده تعلّق الرهن بقيمته أومثله ، وما عن الأردبيلي ـ من جواز تسليمه إلى الرّاهن ، لأنه مالك ولاستصحاب جواز تسلمه ـ غريب ، ضرورة عدم اقتضائهما ذلك ، بعد تعلّق حق المرتهن الذي هو أولى منه في ذلك ، ولذا قيل : إنه لو احتمل جواز التسليم إليه كان له وجه ، وإن كان فيه أنه لو سلّم اقتضاء إطلاق الرّهانة التسليم إلى المرتهن ، إلاّ أن مفروض المقام اشتراط وضعه على يدعدل ، الظاهر في عدم ذلك .

نعم لو كان وضعه على يده إتفاقاً منهما من غير شرط إتجه ذلك ، بناء على الاقتضاء المزبور ، لكن الذي يظهر من ثاني الشهيدين في المسالك عدم اقتضاء عقد الرهانة مع الإطلاق ذلك ، بل يظهر منه انه مفروغ منه ، وهو إن لم يكن إجماعياً محل نظر ، وقد ذكرنا في مبحث القبض ما يستفاد منه عدم الاجماع ، وما يستفاد منه استحقاق المرتهن الوضع عنده ، إلاّ أن يشترط خلافه فلاحظ وتأمل .

﴿ ولو استترا ﴾ عن قبضه من العدل بعد أن طلب منهما ﴿ أقبضه الحاكم ﴾ الذي هو ولي الممتنع ﴿ ولوكانا غائبين وأراد تسليمه إلى الحاكم ، أوعدل آخر من غير ضرورة ، لم يجز ويضمن لوسلّم ﴾ هو ومن تسلّمه ﴿ وكذا لو كان أحدهما غائباً ﴾ لوجوب الصبر عليه إلى الحضور من الغيبة التي لاتقصير معها ، والأصل عدم ولاية الحاكم في مثل ذلك ، وإطلاق ولايته عن الغائب في بعض المقامات إنما يراد منه مع الحاجة والمصلحة ونحوهما ، لانحو ذلك ، ضرورة عدم جواز استيلاء الحاكم على أموال الغائبين بمجرّد غيبتهم ، بل في المسالك « أن من القواعد المقررة في بابها أنّ الودعي ليس له دفع الوديعة إلى الحاكم مع إمكان المالك ، ولامع غيبته إلّا مع الضرورة» ومانحن فيه من ذلك ، وبه بان الفرق بين ولاية المالك ﴿ و ﴾ الحاكم .

نعم ﴿ إن كان هناك عذر ﴾ كسفر ومرض ونحوهما ﴿ سلّمه إلى الحاكم ﴾ أومن يأذن له ، لثبوت ولايته حينئذ ﴿ و ﴾ من هنا ﴿ لودفعه إلى غيره ﴾ حينئذ ﴿ من غير إذن الحاكم ضمن ﴾ ولو كان ثقة ، أمالوتعذر الحاكم وافتقر إلى الايداع أودع من ثقة وأشهد ولاضمان ، والظاهر جواز دفعه من أحدهما في هذا الحال إذا كان ثقة ، بل لعلّه أولى ، لكن في القواعد « لوامتنعا لم يضمن بالدفع إلى العدل مع الحاجة وتعذر الحاكم ، فان امتنع أحدهما فدفعه إلى الآخر ضمن ، والفرق أن العدل يقبض لهما ، والآخر يقبض لنفسه » وفيه أن العدالة تنفي ذلك فتأمّل والله أعلم .

﴿ ولو وضعاه على يد عدلين ﴾ جاز إجماعاً ، محكياً عن التذكرة إن لم يكن محصّلا ، لكن ﴿ لم ينفرد به أحدهما عن الآخر ﴾ ولوأذن له الآخر ﴾ اذا كانا قد صرّحا لهما بإرادة الاجتماع ، أوأطلقا ، بناء على انصرافه إلى ذلك ، باعتبار ظهور اختيار الاثنين في عدم الاكتفاء بحفظ أحدهما ، نعم لوحصلت قرينة على عدم إرادة الاجتماع كان لأحدهما الانفراد بحفظه ، كما أن له تسليمه إليهما من دون إذن الآخر في حالي اعتبار الاجتماع وعدمه ، ضرورة كون المراد الاجتماع في الحفظ، وإلّا فالمال لهما ، فاذا أرادا تسليمه وجب فوراً على كل منهما ، فما عن بعضهم - من

عدم جواز تسليم أحدهما مع اعتبار الاجتماع الا باذن الآخر - واضح الفساد .

وكيف كان فلو سلّم أحد العدلين إلى الآخر ضمن كل منهما الكل ، لحصول سببه من كل منهما بالتفريط من الدافع ، والتعدي باستقلال اليد من المتسلّم ، فللمالك الرجوع على كل منهما ، الواجب عليه حفظه جميعه ، منضماً مع الآخر ، والتساوي في ثبوت سبب الضمان مع اتحاد العوض المضمون ، لايقتضي التقسيط ، بعد أن كان كل منهما سبباً ، فهو كالأيدي المتعاقبة المعلوم عدم التقسيط فيها ، وإن تساوت في ذلك واتحد العوض ، ودعوى أنهما بمنزلة أمين واحد ، ممنوعة ، ضرورة إن كل واحد أمين مستقل على الجميع ، غاية مافي الباب أنه قد شرط عليه انضمام الآخر اليه ، فماعساه يظهر من الفاضل من الميل إلى التنصيف ، فيه مالايخفى .

والظاهر أن قرار الضمان على من ضمنه المالك منهما ، لو تلف بآفة سماوية، إن لم يثبت إجماع على قاعدة « قرار الضمان على من تلف في يده المال » كما عساه يظهر منهم في باب الغصب . لكن في المقام حكي عن فخر المحققين وابن المتوج أن الأصح استقراره على من ضمنه المالك ، واحتمله في المسالك ، واستشكل فيه في القواعد ، وهو يؤمي إلى عدم الاجماع المزبور بحيث يشمل المقام ، وحينئذ يتجه ما قلناه ضرورة عدم الدليل على رجوعه على الآخر بعد أن كان رجوع المالك عليه بحق ، ولم يكن منه غرور له .

ودعوى - أن المتعدي أقوى من المفرط فيساوي المباشر حينئذ ، كما أن الثاني يساوي السبب ، فيكون أولى في قرار الضمان - لاترجع إلى محصّل يعتمد عليه شرعاً .

وأضعف منها التعليل بأن الضمان واثبات اليد وجوديان ، وتارك الحفظ عدمي وسببيّة الوجودي للوجودي أقوى وأولى من سببية العدمي ، وبأن اليد العادية سبب بسببية التضمين بالتسليم ، مع كونها علّة تامّة في التضمين ، فكانت أقوى وأولى مع أن مقتضى ذلك خصوصاً الاولين عدم جواز رجوع المالك على الدافع أصلا ، لا أن القرار خاصة على المتسلم ، كما أن مقتضى تعليل رجوع المالك على الدافع بأنه

مضيع بتسليمه والمتسلم حافظ قد عمل بمقتضى الاستيمان ، عدم جواز الرجوع على المتسلم أصلاً ، فضلاً عن كون القرار على الدافع، والجميع كماترى خصوصا بعدجزم من تعرّض لهذا الفرع بجواز رجوع المالك على من شاء منهما ، وإنّما الكلام في قرار الضمان .

فالتحقيق فيه أنه على من ضمنه المالك إن لم يثبت الاجماع المزبور ، فتأمل . فان المقام ربما حصل فيه خبط من بعضهم ، لكن ستسمع في كتاب الغصب مايقتضي جريان قولهم قرار الضمان على من تلف المال في يده ، على القواعد الشاملة للمقام، إن لم يكن هو من موضوع ما ذكروه في كتاب الغصب ، وحينئذ يتجه القرار على الآخر الذي تلف المال في يده دون العكس ، فلاحظ وتأمّل والله أعلم .

﴿ ولو باع المرتهن الرهن ﴾ حيث يجوز له ذلك ﴿ أوالعدل ودفع الثمن إلى المرتهن ﴾ وفاءً أو وثيقة إذا كان لهذلك ﴿ ثم ظهر فيه ﴾ أي المبيع ﴿ عيب لم يكن للمشترى الرجوع على المرتهن ﴾ الذى قبض الثمن المملوك للراهن ، وفاء أو وثيقة ، إذالفسخ بالعيب إنما هو من حينه بلاخلاف أجده بين من تعرّض له .

لكن قد يشكل - إذا كانوثيقة ، بأن رهانته فرع رهانة المبيع والفرض ردّه بالعيب ، فترد وصف الرهانة معه ، فتبطل بابدالهما ، لعدم إجتماع البدل والمبدل منه .

- ويدفع أولا : بمنع فرعيّة رهانيّته عليه ، ضرورة عدم انتقاله رهنا ، بل لابد من استحقاق رهن الثمن من سبب جديد ، من اشتراط ونحوه ، فضلا عن الارتهان الجديد .

وثانيا : بعد التسليم بمنع اقتضاء الرّد بالعيب ، رجوع وصف الرهانة التي بطلت في المبيع بالبيع ، وانتقل إلى الثمن بمجرّد دخوله فيملك الراهن فلايبطله الفسخ الطاري ، لكن قديقال : مقتضى ذلك أنه لوكان العيب بالثمن إما أن لايكون للراهن الرّد من دون إذن المرتهن ، وإنّما يتعين له الأرش ، لتعلق وصف الرهانة به ، فيكون كالتصرّف المسقط له ، أوأن له ذلك ، ولاتعود الرهانة ، لعدم رجوعها

بالرّد بالعيب، وكلاهما محلّ بحث، لعدم صدق التصرّف على التعلق المزبور، حتى يتعين الأرش، كعدم عود الرّهانة، إذ لا أقل من أن يكون الفسخ بالعيب كالإتلاف المقتضي تعلق الرّهانة بالقيمة التي هي بدله.

وقد يقال في الفرض أن له رد المبيع بالعيب في الثمن من دون ردّ الثمن نفسه، باعتبار تعلق حق الرهانة به، المانع من ردّه، وإن لم يصدق عليه أنه تصرف منه، كي يتعين له الأرش فيرد حينئذ عوض الثمن. نحو ما احتمل فيما لو اشترى من ينعتق عليه فبان أنه معيب.

أما إذا ردّ الثمن بإذن المرتهن فلا إشكال في عود الرهانة في المبيع، بناء على ظهور إذنه في عود المبيع رهنا، وحينئذ لم يثبت اجماع على عدم فسخ الرهانة في الثمن بردّ المشترى المبيع، كان فيه نوع تأمل بناء على اقتضاء أدلّة الفسخ رجوع كل ملك إلى صاحبه.

لكن قد يقال: يتعارض أدلّة الفسخ مع ما دلّ على لزوم الرهن من الاستصحاب وغيره، وترجيحها عليه محل منع، بل العكس هو المتجه، كما في نظائره ولعله لذا لم يتوقف أحد من الأصحاب في بقاء الرهانة لو ردّ المشتري المبيع، ولا بأس بالتزام تعين الأرش فيما فرضنا نحن من حصول العيب بالثمن، وتسمع في الإذن في بيع الرهن زيادة تحقيق لذلك، فلا محيص عنه خصوصاً بعد اتفاق الأصحاب ظاهراً عليه. نعم قد يتجه عود المبيع رهناً فيما لو فرض كون البيع لحفظ الرهن، باعتبار عروض فساد له قبل الأجل، فإن رهن الثمن حينئذ يثبت كون المبيع رهناً، فمع فرض الفسخ المزبور يعود المبيع على ما كان عليه من وصف الرهانة، تحقيقاً لمعنى البدلية كما هو واضح بأدنى تأمل. والله العالم.

وكذا ليس له الرجوع على العدل مع العلم بوكالته حال البيع، أو حال الإقباض للثمن، أو بعدهما، أما إذا أنكر العلم بذلك ولا بينة، استحق الرجوع عليه إن اعترف بالعيب، أو قامت به بيّنة، ويرجع هو على الراهن إن اعترف بالعيب، أو

كان ثابتاً بالبيّنة ، فإن أنكره ولا بيّنة وكان قداعترف بهالعدل ، فالقول قول الراهن كما في ظاهر جامع المقاصد ، وصريح المحكي عن التحرير لأنه منكر ، ووكالة العدل عنه لاتقتضي تصديقه في اقراره ، وإن أنكر العدل العيب على المشتري الذي لم يعترف بوكالته ، كان القول قوله بيمينه ، فإن نكل فحلف المشتري رجع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن ، لاعترافه بالظلم ، ولكن يأخذ المبيع مقاصة ، فإن زاد دسّه في مال المشترى ، وإلا قاصّه من غيره مع الامكان ، هذا كله في العيب .

﴿ أمّا لو استحقّ الرهن ﴾ لغصب ونحوه ﴿ استعاد المشترى الثمن منه ﴾ أى المرتهن ، بل ومن العدل مع بقاء عينه في يده ، بل من كلّ من كان عين ماله في يده ، من غير فرق بين الراهن والعدل والمرتهن ، ولو تعذّر عليه المرتهن أو العدل كان له الرجوع على الراهن ، وإن لم يكن في يده فعلا ، لأنه البايع حقيقة ، وقبض العدل أو المرتهن إنما كان عنه ، ولو تعذّر عليه الراهن لم يكن له الرجوع على العدل بعد فرض كون المال في يد غيره ، فعلاً ، وإن استولت عليه سابقاً ، إذا كان عالماً بوكالته حال البيع ، ولم يكن العدل عالماً باستحقاق المبيع ، لأنه حينئذ قد اشتراه منه على أنه نائب عن غيره ، وأن يده يد غيره ، فقبضه للثمن قبض للراهن ، وإنما هو واسطة ، كناقد الثمن للمشترى عند إرادة دفعه إلى البايع ، وبعلمه بوكالته كأنه قد أذن له في تسليمه إلى غيره .

وتخيّله صحّة الوكالة ليس تقييدا للاذن ، بل هو داع ، فلا يشمله حينئذ عموم « على اليد » بل الظاهر أن الحكم كذلك لو لم يكن عالماً بوكالته حال البيع ، ولكنه علمها حال الدفع ، لاتحاد المدرك ، وإن كان قد يظهر من جامع المقاصد عدم تأثير العلم في غير حال البيع . نعم لو علمها بعد البيع والدفع أمكن حينئذ القول بجواز الرجوع عليه ، لعدم الاذن ، وقد سلّمه الثمن بعنوان كونه مضموناً عليه بالبيع ، فلم يسلّم له ، فيشمله عموم « على اليد » والوكالة قد تبين فسادها في الواقع ، فيرجع عليه ، وهو يرجع على من غرّه .

ولو تعذّر عليه العدل والراهن كان له الرجوع على المرتهن مع استيلاء يده عليه ، وإن لم يكن هو فيها حال الرجوع ، لعموم « على اليد » ويرجع هو على من غرّه . نعم لو كان قد دفعه المشترى إليه مع العلم بأنه وكيل عن الراهن ، وأن يده يده ، أو اشتراه منه على ذلك ، فقد يقال : بعدم الرجوع عليه ، لما سمعته في العدل ، إلا أن كلامهم في التلف ينافيه ، فإنه قد صرّح الشيخ في مبسوطه ، والفاضل ، و الشهيدان ، ويحيى بن سعيد ، والمحقق الثاني ، فيما لو تلف في يد العدل أو المرتهن بأنه لا يرجع على العدل مع العلم بوكالته ، كما في كلّ وكيل في بيع مال غيره ، فان المشترى يرجع على الموكل لا الوكيل ، خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة وخلاف الشيخ من الرجوع على الوكيل ، وهو يرجع على الموكل ، ولا شاهد له ، بل الشواهد على خلافه ، إلا في الصورة السابقة ، وصرّح بعض هؤلاء وغيره بالرجوع على المرتهن ، ومقتضاه الفرق بينه وبين العدالة كما هو ظاهر جماعة ، لكنّه غير واضح الوجه .

اللّهم إلّا أن يقال : إن المرتهن وإن كان وكيلاً عن الراهن في القبض ، لكن له يد من حيث الرّهانة ، فلعلّ الرجوع عليه من هذه الحيثية ، وبه يتم الفرق بينه وبين العدل .

لكن فيه منع استقلال يد له ، إذ لا يد للمرتهن من حيث الرّهانة على الرهن ، فليس هو في يده إلّا وديعة ، وإن كان تعلّق به حق الرّهانة الذي لا يتوقف على كونه في يد المرتهن فتأمّل جيّداً فإن المقام بعد لا يخلو من بحث فيما لو تلف في يد العدل أو المرتهن ، فإنه قد يمنع الرجوع على المالك الراهن ، مع عدم استيلاء يده عليه ، وظهور فساد الوكالة . نعم للمرتهن والعدل الرجوع عليه حال الغرور خاصة ، كما أنه يمكن القول بالرجوع على العدل والمرتهن حتى مع العلم بالوكالة حال البيع ، لعموم[1] « على اليد » وظهور فساد الوكالة ، فيكون من مسألة تعاقب الأيدي فتأمّل جيّداً .

وعلى كل حال فلا إشكال في رجوع المرتهن على الراهن ، إذا لم يكن عالماً بالاستحقاق ، لكن في المسالك هل يغرمه المرتهن ، أو يرجع على الرهن نظر ، ومقتضى قواعد

---

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ .

الغصب رجوعه مع جهله ، وعلم الراهن بالاستحقاق ، لغروره ، والكلام آت فيما لو تلف الرهن في يد المرتهن ، ثم ظهر مستحقا . وفيه أنه لاينبغي التوقف في ذلك ، إذ حكمه حكم الغصب قطعاً ، بل الظاهر عدم اعتبار علم الراهن بالاستحقاق ، لتحقق الغرور بفعله ، و إن كان جاهلاً كما هو واضح في نظائر المسألة فلاحظ وتأمل .

﴿و اذا مات المرتهن ، كان للراهن الامتناع من تسليمه إلى الوارث﴾ وإن كان وضعه في يد المرتهن بشرط في عقد ، ضرورة رجوعه إلى اشتراط الاستيداع الذي ينفسخ بموت الودعي. نعم لو قلنا إن الوضع في يد المرتهن من توابع حق الرهانة أمكن حينئذ القول بانتقاله إلى الوارث حينئذ بانتقال حق الرهانة إليه ، إلاّ أن الذي يظهر من بعضهم بل هو صريح المسالك هنا عدم اقتضاء الرهانة ذلك .

فلو أطلقها لم يستحق المرتهن استدامة الوضع عنده ، بل يتفقان هو والراهن على من يضعانه عنده ، و إن اختلفا ، قطع اختلافهما الحاكم بالوضع على يد عدل و نحوه ، وإن لم يثبت إجماع عليه كان للنظر فيه مجال ، وإن لم يكن استدامة القبض من شرائط صحّة الرّهانة ، أو لزومها ، إلاّ أنّ ظاهر أدلة الرهن خصوصاً الآية استحقاق إستدامة القبض عنده ، بل هو معنى الإستيثاق ، إلا أن يشترط عليه وضعه على غير يده ، كما أومأنا إليه في بحث القبض ، بل لعلّ ما تقدم منهم آنفا من تضمين المرتهن دون العدل مبنيّ على أن قبض المرتهن ليس بالوكالة عن الراهن ، بل قبضه من حيث حق الرهانة ، فيصح حينئذ الرجوع عليه ، بخلاف العدل الذي هو وكيل قطعاً ، فتأمل جيّداً ،وعلى الاول فمن الواضح أن له الامتناع كما أن لورثته الامتناع من بقائه في يد المرتهن لومات .

و حينئذ ﴿ فان اتفقا على أمين ، و إلا سلمه الحاكم إلى من يرتضيه و ﴾ كذا ﴿لو خان العدل﴾ الموضوع عنده ﴿ نقله الحاكم إلى أمين غيره : إن اختلف المرتهن والمالك ﴾ فطلب أحدهما نقله منه ، وإلاّ بقي عنده ، لأن الحق لهما ، فاذا رضيا بابقائه لم يكن لأحد الاعتراض عليهما ، ولو كان المرتهن اثنين ولم يأذن لكل منهما بالانفراد فمات أحدهما ، ضم الحاكم إلى الاخر عدلاً للحفظ ، إلا إذا رضي الراهن

بالبقاء في يد الباقي منفرداً إلى غير ذلك مما يعرف مما هنا، وما قدمناه سابقاً فلا حاجة إلى الاطناب.

ولو تلف العبد مثلاً في يد المشتري ثم بان مستحقاً قبل أداء الثمن أو بعده، رجع المالك على من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن القابض والمشتري، لعموم «على اليد» ولكن يستقر الضمان على المشتري مع علمه، لأن التلف في يده التي هي يد ضمان، أما مع الجهل ففي القواعد «أنه يستقر الضمان على الغاصب» وهو لايخلو من إشكال إن أراد به ما يشمل مقدار الثمن الذي قد أقدم على بذله و لم يدخل عليه ضرر بظهور كون المالك غير البايع بالنسبة إليه.

نعم هو متجه في الزائد عليه، لقاعدة الغرور، مع أنه ربما قيل بالعدم فيه أيضاً، لا قدامه على كون العين مضمونة في يده، كما تقدم تحقيق ذلك وغيره في محله، فان ما هنا أحد جزئياته، ولاخصوصية له فلاحظ وتأمل.

ولو ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن، قبل قوله في حق الراهن إذا كان وكيلا عنه في ذلك، لكن في القواعد «على إشكال» ولعله للاصل ولاريب في ضعفه، نعم لايقبل في حق المرتهن، لأنه وكيله في الحفظ خاصة، فلا يقبل في غيره، كما لو وكل رجلاً في قضاء دين، فادعى تسليمه إلى صاحب الدين، وفي القواعد «يحتمل قبوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه، لاعن غيره»، فعلى هذا لو حلف العدل سقط الضمان عنه، ولم يثبت على المرتهن أنه قبضه، وعلى الأول يحلف المرتهن، فيرجع على من شاء، فان رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن، لاعترافه بالظلم، وإن رجع على الراهن لم يرجع على العدل إن كان دفعه بحضرته، أو ببينة غابت أو ماتت، لعدم التفريط في القضاء حينئذ وإلا رجع.

و في القواعد «على إشكال منشأه التفريط و كونه أميناً له اليمين عليه، إن كذبه» و فيه ما لايخفى، فتأمل جيداً، ولو غصب المرتهن الرهن من يد العدل ثم أعاده إليه زال الضمان عنه، لأنه قد أداه إلى من يده يد المالك، وهو واضح كوضوح غيره من الفروع التي ذكرها في القواعد و أطنب فيها شراحها تبعاً لها، مع أن جملة

منها لاتخص المقام كما أومأنا إلى بعضها فيما تقدم والله أعلم .

الفصل السادس

من الفصول التي استدعاها كتاب الرهن ﴿ في اللواحق وفيه مقاصد الأول : في أحكام متعلقة بالراهن: لايجوز له ﴾ أي الراهن ﴿ التصرف في الرهن باستخدام ولا سكنى ولا إجارة ﴾ ولابيع ولا غير ذلك من التصرفات الناقل للعين ، أو المنفعة أو المستوفي لها بلا خلاف أجده فيه . كما في الرياض ، بل ولاشك فيه كما عن غاية المرام ، بل في السرائر ، والمفاتيح ، الاجماع على أن ليس لأحدهما التصرف مستثنياً الأخير منهما ما يعود نفعه إليه ، وعن الخلاف « الاجماع على أنه ليس له أن يكري داره المرهونة أو يسكنها غيره » و عن المبسوط « ليس له استخدام العبد و ركوب الدابة ، وزراعة الأرض ، وسكنى الدار ، إن ذلك كله غير جايز عندنا ، ويجوز عند المخالفين » وفي المحكي عنهما معاً « الاجماع على أنه لايجوز له وطي الأمة المرهونة» و عن الجواهر «لاخلاف فيه» وفي كشف الرموز « إن العمل منعقد على خلاف الرواية الدالة على الجواز » و في النافع والدروس « متروكة» و في التنقيح ومحكي ايضاح النافع « هجرها الأصحاب» إلى غير ذلك من كلمات الأصحاب الصريحة في الاجماع المزبور ، والظاهرة فيه ، والمشعرة به، بل لابأس بدعوى تحصيل الاجماع ، مضافاً إلى النبوي الذي استدل به غير واحد من الأصحاب بل عن إيضاح النافع « أنه مشهور النقل » بل عن صريح التنقيح أو ظاهره الاعتماد عليه [1] « الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف » وإلى ما يمكن استفادته من مفهوم الرهن الذي قد عرفت أنه الحبس الذي به يتم معنى الإستيثاق الذي استفاضت به النصوص ، وإليه أومى في الدروس في تعليله المنع ، بأن الغرض من الرهن الوثيقة ، ولا وثيقة مع تسلط المالك على البيع والوطي أو غيره من المنافع الموجبة للنقص أو الاتلاف .

كما أن إليه يرجع ما في التذكرة والمسالك من أنه لما كان الرهن وثيقة لدين

---

(١) المستدرك ج - ٢ ص ٤٩٦ .

المرتهن إما في عينه أو بدله لم يتم الوثيقة إلا بالحجر على الراهن ، وقطع سلطنته ليتحرك إلى الأداء ، وفي الأخير « فمن ثم منع الراهن من التصرف في الرهن ، سواء أزال الملك كالبيع أم المنفعة كالاجارة ، أم انتقص المرهون وقلل الرغبة فيه كالتزويج ، أم زاحم المرتهن في مقصوده ، كالرهن لغيره ، أم أوجب إنتفاعاً وإن لم يضر بالرهن ، كالاستخدام و السكنى إلى غير ذلك من تعليلاتهم التي مرجعها إلى ما ذكرناه .

لكن ومع ذلك كله قد وسوس بعض متأخري المتأخرين في بعض أفراد التصرّف ، خصوصاً ما تضمنه حسن الحلبي [1] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل رهن جارية عندقوم أيحل له أن يطأها قال : إن الذين ارتهنوها يحيلون بينه وبينها ، قلت : أرايت إن قدر عليها خالياً قال : نعم لا أرى هذا عليه حراماً » و صحيح محمد بن مسلم [2] الذي هو مثله ، وكذا مالا ضرر فيه على المرتهن من التصرف كتقبيل الجارية والاستخدام ، ولبس الثوب ومسكن الدار وركوب الدابة و نحو ذلك إذا كان بحيث لاضرر فيه بنقص للمرهون ونحوه .

ولا يخفى عليك ما فيه ، بعد ما عرفت ، بل هو كأنه إجتهاد في مقابلة النص والخبران وإن صحّ سندهما إلا أنك قد سمعت دعوى هجرهما و تركهما ، من غير واحد من الأصحاب على وجه يلحقهما بالشاذ الذي قد أمرنا بالاعراض عنه ، مضافاً إلى موافقتهما للعامة التي جعل الله الرشد في خلافها ، بل لعلّ في عدم ملائمة قوله: « إن الذين ارتهنوها» إلى آخره للسؤال عن الجواز إيماء إلى ذلك ، بل يمكن حملهما على إرادة عدم الحرمة الموجبة لحدّ الزنا ، وعلى غيره مما لا بأس به في نحو المقام ، فالحكم حينئذ من الواضحات .

بل قد يظهر من بعض الأفاضل التأمل في جواز ما فيه نفع للرّهن من التصرف كمداواة المريض ، ولو بما لاخطر عليه فيه ، ورعي الحيوان و تأبير النخل ، و خفض الجارية ، وختن العبد ، والفصد ، والحجامة ، ونحو ذلك ، وإن صرّح به الفاضل ،

(١) و (٢) الوسائل الباب - ١١ - من ابواب الرهن الحديث - ٢ - ١ .

والشهيدان وغيرهم من المتأخرين ، بل عن المبسوط التصريح بعدم المنع من الثلاثة الأخيرة أيضاً لإطلاق دليل المنع ، ودعوى حصول الإذن في ذلك خروج عن المبحث.

لكن فيه أن مقتضى الأصول الجواز ، ولايعارضها الإطلاق المزبور ، بعد الشك في ارادة ذلك منه ، خصوصاً بعد فتوى الجماعة به ، بل لعل المنساق منه غيره ، بل لا ينبغي التأمل في سقي الاشجار ورعي الدواب وعلفها ونحو ذلك ، مما يكون سبباً لحفظ المال ، بل قد يشك في إرادة مطلق التصرف منه ، وإن لم يتضمن انتفاعاً بحيث يكون كمال الغير الذي يحرم لمسه وحمله و نحوهما .

نعم عن السرائر لايجوز ضرب الجارية للتأديب ، كما أن في القواعد وغيره منعه من قطع السلع ، و لعل المراد مالا يؤمن السلامة معه منهما ، وإلا كان محلاً للنظر . بل في المحكي عن الخلاف ، إذا زوج الراهن عبده المرهون أو جاريته المرهونة كان تزويجه صحيحاً كالمحكي عن المبسوط إلا أنه قال : لايسلم إلى الزوجة إلا بعد الفك ، وفي الدروس وهو قريب ، وفي المختلف بعد أن جعل المعتمد عدم الجواز ، قال : لو قيل : له العقد دون التمكين والتسليم ، كان وجهاً .

قلت : هو كذلك لا لإطلاق قوله تعالى [1] « و أنكحوا الأيامى» إلى آخره المتعارض بما سمعت مما هو مقيد له ، ضرورة كون المراد من إطلاق الآية الامر بالنكاح من حيث هو نكاح ، لا الشامل لما تعلق به حق الغير ، و منه يظهر عدم كون المعارضة من وجه بحيث يحتاج إلى مرجح ، و إلا لجرى في غير النكاح من خصوص كل تصرف ، ولا لأن محل الرهن غير محل التزويج ، لما عرفت من المنع من الانتفاع بالرهن المستلزم للتصرف فيه - بل للشك في إرادة مثل هذا التصرف الذي لم ينافِ حق الرهانة بوجه ، ولا فيه تصرف فعلاً بالعين ، وانتفاع بها ، إذ الفرض عدم التسليم إلا بعد الفك .

و منه ينقدح حينئذ صحة تدبير العبد المرهون كما جزم به في المختلف ، خلافاً للشيخ ، لأنه وصية لاتنفذ إلا بعد وفاء الدين ، بل الظاهر جواز غير التدبير من الوصية لذلك ، كما يشهد له في الجملة ما صرح به الفاضل والكركي في المفلس الممنوع

من التصرف في المال ، إلا أنه غير ممنوع منها لذلك ، اللهم إلا أن يفرق بينهما ، بتعلق حق الراهن في خصوص العين المرهونة ، بخلاف دين المفلس المتعلق بمقدار ما يقابله من الأعيان دون الزايد ، فتنفذ الوصية حينئذ بالموصى به حال الموت ، مع فرض زيادته عن الدين ، بخلاف الرهن فتأمل جيداً .

بل عن الشيخ جواز انزاء الحيوان المرهون ، و الانزاء عليه ، و لكن جزم بعدمه في الدروس وهو الأولى ، للاطلاق ، كما أنه جزم بأنه ليس له غرس الارض ، لأنه ينقصها ، بل قال : ليس له الزرع و إن لم ينقص الأرض ، حسما للمادة ، و هو كذلك إن هو كسكنى الدار أو إجارتها مدة تنقضي قبل حلول الدين من غير حصول نقص في العين ، ثم قال : فلو فعل قلعا عند الحاجة إلى البيع ، ولو حمل السيل نوى مباحاً فنبت ، فليس له إلزامه بإزالته قبل حلول الدين لعدم تعديه ، فلو احتيج إلى البيع قلع ، إن التمسه المرتهن ، وكأنه عرض بذلك إلى ما عن المبسوط « من أنه لو رهن أرضاً بيضاء فسال إليها نوا ونبت أو أنبت الراهن فيها نخلا أو شجراً لم يجبر الراهن على إزالته » وفي المختلف « الوجه الوجوب ، لتعلق حق المرتهن بأرض بيضاء ».

قلت : قد يفرق بين ما كان من فعله ، وعدمه ، بالنسبة إلى إلزامه ، وعدمه ، بل قد يتأمل في أصل جواز القلع للمرتهن ، بل قد يقال : في غرس الراهن أنه يلزم بالأجرة رهناً ، وإن كان الأقوى إلزامه بذلك ، لاندراجه في قوله [1] « لاحق لعرق ظالم » .

وكيف كان فلو بادر الراهن إلى التصرف من غير إذن المرتهن فإن كان بانتفاع منه ، أو ممن سلطه ولو بعقد لم تتعقبه إجازة لم يصح ، وفعل محرماً ، بل في المسالك « إن قلنا أن النماء المتجدد يتبع الرهن ، ثبت أجرة المثل إن كان مما له أجرة عادة وكانت رهناً ، وإلا لم يلزمه شيء عن مثله» .

قلت : قد يقال بذلك على الاول أيضاً ، بناء على تخصيص النماء التابع في الرهنية بما يكون يصح رهنها ، كالصوف والثمرة والشعر ونحوها ، لامثل ذلك الذى

(١) المستدرك ج ٣ ص ١٤٩ لكن فيه (وليس لعرق ظالم حق) .

هو معدوم في الحقيقة ، والأجرة عوض عن الانتفاع الذي لا يعقل ارتهانه ، والاثم على الراهن في استيفائه ، لامن حيث كونه رهناً ، بل لاستلزامه التصرف في العين ، وإلا فلو فرض امكان انتفاع من دون تصرف في العين ، لم يبعد القول بجوازه ، و في المسالك قدحكي عن الشيخ أنه أطلق لو أجّره ، فالأجرة له ، ويمكن إرجاعه إلى ما ذكرنا ، وإن كان فيه تكلّف ،كما أنه يمكن تأييده بقوله ﷺ [1] له غنمه ، وعليه غرمه ، فتأمّل ﴿ و ﴾ إن كان التصرّف مجرد عقد لم يكن إثما في ذلك ، لعدم النهي عن مثله في الأجنبي فضلا عنه .

نعم ﴿لو باع أو وهب﴾ مثلاً ﴿وقف على إجازة المرتهن﴾ فان حصلت حكم بصحّته وإلا فلا ، إذ هو إن لم يكن فضولياً فمثله في ذلك ، ومن هنا بنى الكركي الكلام هنا في كون الاجازة فيه كاشفة أو ناقلة عليه هناك ، لكن في حواشي الشهيد على القواعد ، في شرح قول الفاضل في مفروض المتن لم يكن باطلاً ، بل موقوفاً ، قال : الفرق بين المراعاة والموقوف ، أن الاوّل يكون كاشفاً عمّا هو صحيح في نفس الأمر ، والثاني ما يتوقف عليه الحكم بالصحة ، فيكون جزء سبب ، وظاهره أنه قد فهم منه الثاني هنا حيث عبّر بالوقف كالمتن ، فيكون حينئذ مخالفاً للفضولي ، بناء على الكشف فيه من هذه الحيثية .

وربّما يؤيّده أن الاجازة من المرتهن الذي هو غير مالك ، ليست إلا على معنى إسقاط حق الرهانة التي له فسخه ، وهو غير متصور في الزمن السابق الذي تحقق فيه الحق أومضى ، فاسقاطه لا معنى له ، بل مختص بالزمن الحال ، فلا تكون الاجازة فيه كاشفة ، ولعلّ الفرق بينه وبين إجازة المالك تصور رضى الثاني آن دخول ملكه في ملك غيره في الزمن السابق ، بخلاف الأوّل .

لكن فيه - مع أنه مخالف لما يظهر منهم من أن الاجازة كاجازة الفضولي بل هو صريح جامع المقاصد ، يمكن منع عدم تصور ذلك ، ضرورة كون السقوط بعقد البيع ، فمع فرض إجازة المرتهن يترتب عليه أثره من حين وقوعه ، وهو إنتقال الملك

(١) المستدرك ج٢ ص ٤٩٥ .

المقتضي لسقوط الرّهانة .

ودعوى ـ أن إجازة المرتهن ليست للعقد ، لعدم كونه مالكاً ، وإنما له إسقاط حق رهانته ، فيؤثر العقد حينئذ أثره لارتفاع المانع والمقتضي تام الاقتضاء .ـ

يدفعها ظهور كلمات الأصحاب بل هو صريح بعضهم كالفاضل في التحرير وثاني الشهيدين وغيرهم ، في أن للمرتهن اجازة العقد ، وله فسخه ، وأن الشارع قد جعل له هذه السلطنة بارتهانه ، لا أن المنع من التصرف فيه شرعي بحت بحيث لامدخلية للمرتهن في ذلك ، وإنما له اسقاط حقه من الرهانة خاصة ، وإلاّ لاقتضى ذلك عدم فسخ العقد له ، ضرورة عدم السلطنة له على ذلك ، وأن الشارع قد جعل الارتهان مانعاً من نفوذ التصرف ، فمتى ارتفع هذا المانع باسقاط من المرتهن أو بفك للرهن ، كما ستعرف أثر المقتضي أثره ، وليس ذا من التعليق الممنوع ، بل هو من قبيل اعتبار الشارع التقابض في تأثير عقد الصرف ، والقبض في عقد الهبة ، والقبض في المجلس في عقد السلم ، مع أن كلامهم صريح في خلافه ، وأن له الردّ كما أن له الاجازة .

ويرشد إليه في الجملة اعتبار إذنه في الانتفاع بالرهن على وجه لاتنتقل عينه كركوب الدّابة وسكنى الدار ونحوهما ، ممّا لا يقتضي الاذن فيه إبطال الرهانة ، مع أنها معتبرة ، ولا يجوز التصرف بدونهما ، وهو يؤمي إلى أنّ له سلطنة على ذلك لا أنّها مخصوصة باسقاط حق الرهانة ، وإلا فالمنع شرعي ، وإن كان لا يخلو من وجه بل ظاهرهم في حجر المفلس ذلك ، بناء على صحّة تصرفاته ، وأنها تكون موقوفة ، وإن لم يرض الغرماء بها ، كما تسمعه في محله ، اللّهم إلاّ أن يفرق بين تعلق حق الرهانة وتعلق حق الغرماء بالتحجير ، كما هو ظاهر الأصحاب في المقام ، إلا أنه لايخلو من بحث .

وعلى كل حال فظهر من ذلك كله أن إجازته تكون على حسب اجازة المالك إنما هي للعقد نفسه ، فيوثر حينئذ أثره ، وليس هذا من إسقاط حقّ الرهانة أوّلا وبالذات في الزمن السابق ، كي يقال : أنه غير متصور ، بل هو من آثار العقد الذي

أجازه ومن مقتضياته ، فلا بأس حينئذ بدعوى الكشف هنا عن بطلان الرهانة في الزمن السابق . بناء عليه في الفضولي فتأمل جيداً ، فإن المسألة غير محرّرة في كلامهم .

نعم قد يشكل دعوى الكشف في عقب الفك للعقد الذي لم يرده المرتهن بناء على صحة العقد ولزومه بذلك كما جزم ثاني المحققين والشهيدين ، بل هو المحكي عن فخر المحققين ، والشهيد الأوّل في حواشيه ، وفي القواعد « لو افتكّ الرهن ففي لزوم العقود نظر » ومقتضاه المفروغية من الصحة ، وإنما الكلام في اللزوم ، ويمكن أن يريدها منه ، وإن كان من لوازمها هنا اللزوم كما ستعرف .

وعلى كل حال فوجه الأوّل وجود المقتضي الذي هو العقد من المالك ، وإنما كان له مانع من النفوذ ، وهو حق المرتهن ، وقد زال ، فيؤثر المقتضي أثره من غير حاجة إلى تجدد رضاً من المالك ، لعدم تجدد شيء له و إنما ذهب حقّ الإرتهان ، لا أنه انتقل إليه ، ومنه يعلم الفرق بينه وبين ما إذا باع مال غيره فضولاً ، ثم ورثه أو اشتراه وكيله ، الذي قالوا فيه بالبطلان ، ـ لعدم المقتضي للصحة ـ حال العقد ، لعدم الإجازة من المالك ، وعدم كون العاقد مالكاً ، ـ أو بالتوقف على إجازة المالك الجديد ، لأنّها أولى من تأثير إجازة الأوّل أو مساويه لها ، ضرورة عدم تأتّي الوجهين فيما نحن فيه .

ويقرب من ذلك ما في جامع المقاصد « من بيان وضوح الفرق بينهما بأن مال الغير غير مملوك للمتصرف ، فالمقتضي للصحة منتف ، لانحصاره في وقت العقد بالمالك الذي لم يحصل منه إجازة ، ومجرّد الصّيغة لا تعدّ مقتضيا ، بخلاف ما نحن فيه فإن الملك منحصر في الراهن ، والمقتضي وهو العقد الصادر من أهله في مملوك موجود غاية الأمر أن حق المرتهن مانع ، فإذا انتفى عمل المقتضي عمله .

هذا كله مضافاً إلى أنه لاسبيل إلى اعتبار إجازة المرتهن بعد انقطاع علاقته ، ولا إلى بطلان تصرف الراهن المالك ، إذ تصرفه قبل الإنفكاك غير محكوم ببطلانه فكيف بعده الذي مقتضى اطلاق الأدلّة وعمومها صحتّه ، خصوصاً بعد لزوم العقد من

طرف الراهن ، لاندراجه في عموم (١) « الوفاء بالعقود ، » ولم يتجدّد إلاّ ما يؤكّدذلك من ارتفاع المانع فيستمرّ حينئذ خطاب الوفاء له .

ودعوى ـ أن شرط الصحّة في العقد الواقع حال الرهانة إذن المرتهن ، وقد فاتت بفكّ الرهانة الذي لاوجهبعده ، لمراعاتها فيتعين البطلان حينئذ لفوات الشرط بل هو أولى بذلك من بيع مال الغير فضولاً ثم انتقل إلى البايع ، كدعوى أن الصحّة من الفك إن كانت على الكشف ، اقتضى نفوذ التصرف في الرهن ـ وهو رهن ، ضرورة عدم سقوط الرهانة قبله ، وإن كانت على النقل ، اقتضى ذلك تعليق أثر العقد الظاهر في السببية حين وقوعه ، هذا . مضافاً إلى استصحاب حال العقد قبل الفك من عدم التأثير ـ

يدفعها وضوح عدم دليل يدل على اشتراط إذن المرتهن في الصحّة ، إذ ليس في الأدلّة إلاّ منع الراهن والمرتهن من التصرف على معنى النفوذ ، لاالعقد الذي ليس هو تصرفاً قطعاً ، وإنما تثبت الصحّة باذن المرتهن باعتبار دوران الحق عليهما ، فمع رضاهما تتعين الصحّة ، وهذا أعم من الشرطية المزبورة قطعاً ومنه ظهر الفرق بينه وبين المثال كما أوضحناه سابقاً .

كما يدفع الثانية إحتمال أن يقال : أنه لا بأس بالكشف ، والتزام عدم قدح الرهانة التي يتعقبها الفك ، والفاضل في القواعد فيما لو أتلف الرّهن متلف وانتقل الرهانة إلى القيمة قال : « فإن عفى الراهن فالأقرب أخذ المال في الحال : أي من الجاني لحق المرتهن ، فإن انفك ظهر صحّة العفو ، وإلاّ فلا » ، ولا وجه له إلا ما ذكرنا ضرورة اقتضاء ذلك نفوذ العفو فيه ، وهو رهن ، فلا محيص عن التزام عدم قدح الرهانة المتعقبة بالفك في تأثير السّبب أثره .

ولعله إليه يرجع ما عن فخر المحققين من الإستدلال عليه ـ بعد كونه جمعاً بين الحقين ـ بأنه لا مانع إلا حق المرتهن ، فإذا انفك انتفى المانع ، ثم بيّن وجه قول والده « ظهر صحّة العفو » بأن الأمور العدميّة لاتوصف بأنها موقوفة ، بل تكون

(١) سورة المائدة الاية ـ ١ .

مراعاة ، وما يدل على صحتها كاشف ، والكاشف هو دليل على سبق العلّة المؤثرة التامة وأما الموقوف عليه فهو من تمام العلّة أعني علّة الصحة .

لكن ضعّفه في جامع المقاصد ، بأنه لم يتحقق ثبوت حق للجاني إلى الآن ليجمع بينه وبين حق المرتهن ، ومانعية حق المرتهن من صحة العفو تقتضي بطلانه وقت انشائه ، فكيف تنكشف بعد صحته في حال وجود المانع ، إلى أن قال : العفو إمّا أن يكون سبباً تاماً ، أولا ، فان كان الاول لزم إما تأثيره مع وجود المانع ، أو بطلانه ، وإن كان الثاني لزم كونه موقوفاً .

وفيه أنه يمكن أن يريد ما ذكرنا من عدم مانعية الرهانة التي يتعقبها الفك الذي هو طريق لمعرفة كونها كذلك ، وإلاّ فالعفو سبب تام في التأثير فتأمّل جيداً فانه لايتم في نحو العتق والوقف ونحوهما مما لا يمكن التزام كونه حراً مرهوناً أو وقفاً كذلك ، مضافاً إلى ما في دعوى رهنية ملك الغير في المثال السابق من دون اشتراط عليه ، والرهن السابق كان متعلقاً به من حيث كونه ملكاً للبايع ، لا مع انتقاله عنه بالبيع كماهو واضح ، وقد يدفعها أنه لابأس بالتزام النقل تحقيقاً للمانعية بل لعلّه الأقوى ، وليس هذا من التعليق الممنوع قطعاً ، ضرورة كون التعليق من العاقد ، لا الشرعي كما هو واضح .

ومن الغريب التمسك بالاستصحاب بعد تغيّر الموضوع ، وخروج العين عن الرهانة إلى الطلق ، فلا وجه لجعل ذلك وجه النظر في اللزوم في عبارة القواعد .

ومن ذلك كله يعلم الحال في العتق الذي يتعقبه الفك ، وفاقاً لما عن أكثر المتأخرين من النفوذ ، خلافاً للشهيد في الدروس وغيره ، فلا ينفذ ، لأنه لا يقع معلقاً ، وفيه منع إن أراد به ما يشمل الشرط الشرعي الذي منه عدم المانع ، مع أنه قد يدعى عدم التعليق ، بناء على التقرير الذي ذكرناه سابقاً ، ومثله لو اعتق المحجور عليه ، لسفه أو فلس فزال الحجر .

لكن في التذكرة عن الشيخ البطلان في الأخير ، وجعله أقوى ثم حكى القول ببقائه موقوفاً ، ونفى البأس عنه ، ويمكن أن يكون مختاره في المقام البطلان ، لأنه

هنا جعله كالحجر بالفلس ، وقد سمعت أن الأقوى البطلان عنده فيه .

وفي التحرير في المقام في نفوذ العتق لو فك إشكال ، وإحتمال أن المنع في العتق لاعتبار نية القربة فيه التي لا تقبل التعليق يدفعه بعد تسليم اعتبارها فيه منع منافاة حصولها بايجاد سببه فيما يتوقف على ارتفاع مانع شرعي أو شرط كذلك .

ومن ذلك يعلم الحال في الوقف ، وإن قلنا باعتبار النيّة فيه ، وكونه كالايقاع في عدم الحاجة إلى القبول ، أللهم إلا أن يدعى فيها مطلقا أو في خصوص العتق منها بظهور أدلّتها في عدم كونها موقوفة ، ولو على شرط شرعي ، ولذا بنى العتق منها على التغليب ، وقد يأتي إن شاء الله التعرض لتحقيق ذلك في أبوابها .

ثم إنّ الظاهر سقوط حق المرتهن فيما لو أذن بالمسقط ابتداء يكون بوقوعه ، من حيث أنه مناف لحق الرهانة ، لابمجرّد الاذن ، للأصل و غيره ، فله الرجوع فيها حينئذ قبل التصرف بعد علم المأذون و قبله ، بل و بعد ايقاع الصيغة منه قبل الاقباض في مثل الهبة التي يتوقف الملك بها عليه .

لكن في القواعد ، الاشكال فيه ، ولعله لأن الاذن في المسقط يدلّ على الرضا بالسقوط ، ولأن التصرف الناقل لايجامع الرهن ، فلابد من الحكم بالسقوط قبله .

و فيه أن المنافي للرهن هو المقتضي للسقوط ، لاالرضا به ، ولا مانع من حصول السقوط بتمام سبب النقل ، وإن أبيت فليقدر لتصحيحه ، كما في نظائره قبله ، بآن ما لا بالاذن نعم لو حصل النقل عن الراهن سقط ، ولو كان له الخيار للمجلس أو غيره فسخ خياره أولا ، لحصول السقوط بمجرد الانتقال ، ولادليل على عوده بالفسخ الذي هو منه حينه ، كالاقالة .

ولو رجع المرتهن باذنه قبل التصرف ، إلاّ أنه لم يعلم الراهن بذلك إلا بعده ، أمكن القول بالفساد ، كما عن المبسوط الجزم به ، لبطلان مقتضى الصّحة في الواقع ، وخروج الوكيل على ذلك لو رجع الموكل ، ولما يعلم إلا بعد التصرف ، لدليل خصوص لايقاس عليه ، ودعوى ان الفرض من الوكالة واضحة الفساد .

نعم لو انعكس الفرض بأن أذن الراهن للمرتهن في البيع ، ورجع كذلك أمكن

القول بعدم البطلان ، لانه من الوكالة كما هو واضح ، ولو كان قد باع أي المرتهن بخيار مثلاً ففسخه الراهن لأن له ذلك قطعاً لم تعد الرهانة ، للاصل السالم ، لكن عن المبسوط أنه إذا اشترى المرتهن عيناً من الراهن بدينه ، أنه يصح ويبطل الرهن ، فإن تلفت العين قبل القبض عاد الدين والرهن ، ولعله بناء على أن التلف قبل القبض فاسخ من الأصل ، لامن الحين ، وإلّا كان عود الرهانة بعد سقوطها ببراءة ذمّة الراهن محلا للنظر و إن كان لايخلو من وجه ، وأولى منه بالنظر قوله فيه أيضاً « وكذا لو أقبضه ثم تقايلا عاد الدين والرهن ، كالعصير يصير خمراً ثم يعود خلاً » وتعرف إن شاء الله فيما يأتي الفرق بين المقامين .

ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ، فالظاهر أنه إجازة ، ضرورة توقّف صحّتها على بيع صحيح ، وهو فرع رضى المرتهن ، فحمل طلبه حينئذ على الوجه الصحيح المعتبر يستلزم ذلك ، أللّهم إلّا أن يعلم غفلته عن الرهانة ، فلايدل الطلب حينئذ على الإسقاط مع إمكان دعوى كون الطلب إجازة قهراً ، لادالاً على الرضا الذي تحصل به الإجازة ، نحوما سمعته في التصرف المسقط لحق الخيار .

وأمّا دعوى ـ أن الشفعة كالفسخ في إزالة الملك لايتوقف على اسقاط حق الارتهان ـ واضحة الفساد ، ضرورة أن الشفعة من المرتهن إزالة الملك عن المشتري بعد ثبوته ونقله إليه بخلاف الفسخ فيه الذي يرجع إلى عدم إجازة البيع ، فظهر من ذلك أنّه لامحيص عن القول بلزوم الطلب للإجازة ، والظاهر عدم بطلان الشفعة معه ، لعدم التلازم بين الرضا باللزوم من حيث الرهانة ، وبينه من حيث الشفعة ، فيسقط و تصح الشفعة كما لو صرّح بذلك .

لكن في القواعد « ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ، ففي كونه إجازة إشكال . فإن قلنا به فلاشفعة » و هو غريب ، خصوصاً بعد قوله متصلا بذلك « ولو أسقط حق الرهانة فله الشفعة إن قلنا بلزوم العقد » بعد الإغضاء عمّا في قوله إن قلنا بلزوم العقد ممّالا محصل له معتدّ به ، كما أنه لامحصل للمحكي عن ولده في توجيه العبارة ، فلاحظ وتأمل والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان فقد ظهر لك من ذلك كله أنه لا إشكال عندنا ﴿في صحة العتق﴾ من الراهن ﴿مع﴾ تعقب ﴿الاجازة﴾ من المرتهن وإن قال المصنف فيه ﴿تردد﴾ مما ذكرنا ﴿و﴾ من أن العتق لا يقع معلقا لاعتبار نية القربة فيه ، أو لغير ذلك مما سمعت .

إلا أنه لا ريب في كون ﴿الوجه الجواز﴾ لما قد مر مفصلاً خلافاً لما عن المبسوط ، والمراسم والوسيلة ، والغنية ، بل و الدروس : بناء على عدم الفرق بين ما صرح به من الفك وبين الاجازة ، خصوصاً مع كون المنع من بعضهم ، بناء منه على عدم جواز الفضولي فيندر الخلاف حينئذ في خصوص المقام ، بل يمكن كون مراد الجميع مع عدم تعقب الاجازة فلا يكون خلاف حينئذ فيه أصلاً ، وأما احتمال عدم الجواز فيه - و إن قلنا بالفضولي في غيره ، لعدم عموم في العتق يتمل مثل ذلك ، بخلاف غيره من العقود - فهو في غاية الضعف من وجوه ، خصوصاً في دعوى عدم العموم، فان « من أعتق »[1] ونحوه كاف فيه ، بل لعل العكس أولى من ذلك ، فيقال بالصحة حينئذ هنا ، و ان منعنا الفضولي في غيره ، لكون المعتق المالك ، وتعلق حق المرتهن مانع ، فمتى زال باجازة أو فك عمل المقتضي عمله ، كما أوضحناه سابقاً في الفك الذي لا ريب في أن الاجازة أولى منه بالصحة كما عرفت فلاحظ وتأمل .

و إليه يرجع ما في المسالك هنا حيث قال : « منشأ التردد في الصحة من كون العتق إيقاعاً ، فلا يكون موقوفاً لاعتبار التنجيز فيه ، و من أن المانع حق المرتهن ، و قد زال باجازته ، وهو أقوى ، ونمنع منافاة التوقف المذكور للتنجيز ، كغيره من العقود التي يشترط فيها ذلك أيضاً ، فان التوقف المذكور الممنوع هو توقف المقتضي على شرط ، لا على زوال مانع » وعلى هذا لو لم يبطله المرتهن إلى أن افتك الرهن لزم ، إذ مراده الشرط الذي يكون من العاقد لا الشرط الشرعي الذي منه عدم المانع، و منه الرضا المعلوم كونه شرطاً في العقود و التقابض في عقد الصرف و غير ذلك و الله أعلم ، هذا كله في الراهن .

---

(١) الوسائل الباب - ١ - من ابواب العتق .

﴿وكذا﴾ لايجوز ﴿ للمرتهن ﴾ التصرف في الرهن بانتفاع و نحوه ، لحرمة التصرف في مال الغير ، ولايمضي تصرفه فيه بعقد ونحوه الاباذن الراهن ، إذهو فضولي فيجري عليه حكمه كما هو واضح ، مع أنه قد تقدم شطر صالح من الكلام فيه آنفا في الفصل الخامس فلاحظ .

﴿و﴾ لكن ينبغي أن يعلم ان ﴿ في عتقه مع إجازة الراهن تردّدا ﴾ بل في لمتن ﴿ و الوجه المنع لعدم الملك مالم يسبق الإذن ﴾ وفاقاً للقواعد ، و محكي التحرير ، والإرشاد ، والدروس ، واللمعة ، وغاية المراد ، والتنقيح ، وشرح الإرشاد للفخر ، والروضة ، والمسالك ، بل في الأخير « إن كثيراً من الأصحاب لم يتوقف في الحكم ، لان المرتهن غيرمالك ، ولا عتق إلّا في ملك ، فيكون كالفضولي لايصحّح عتقه الإجازة » بل عن سابقه أن العتق يقع باطلا قطعاً مالم تسبق الإذن ، إذ لاعتق إلاّ في ملك ، بل عن سابقهما قد اتفق الكل على اضمار الصّحة في قوله ﷺ « لا عتق إلا في ملك» .

قلت : لعلّه كذلك فيما إذاكان العتق من المرتهن ، للخبر المزبور الذي لايشكل بأن مقتضاه البطلان ، وإن سبق الإذن ، ضرورة عدم حصول الملك للمرتهن معها ، لاندفاعه بما يأتي انشاءالله في باب العتق من أن المأذون والمأمور بعتق عبده عن غيره يصح عتقه ، وينتقل إلى ملك الآمر والمأذون له قبل إيقاع الصيغة آناًمّا ، و التزام نحوه في الاذن اللاّحقة - على معنى حصول الكشف بها عن دخوله في ملكه آناًمّا قبل العتق ، كما لووهبه من نفسه فضولاً ثم اعتقه فاجاز المالك الهبة فانه ينكشف حينئذ وقوع العتق في الملك - غير جائز بدون دليل عليه ضرورة مخالفة مثل ذلك للضوابط الشرعيّة التي ينبغي الاقتصار في الخروج عنها على المتيقن ، وليس في غير الاذن السابقة ولو بمعونة كلام الأصحاب .

أما إذا كان العتق عن الراهن أومطلقا ، فالمتّجه - بناء على الفضولي وأنه على القاعدة - الجواز حتى على القول باعتبار نيّة القربة فيه ، بناء على شمول دليل الفضولي لمثل ذلك ، كدفع الزكاة والخمس ونحوهما عن الغير ، فيجيز من عليه الحق ، إلا

أن الأصاف عدم خلو جميع ذلك كله من الإشكال، خصوصاً مع ملاحظة كلام الأصحاب.

نعم لو سبق اذن الراهن للمرتهن في العتق مطلقاً أو عن الراهن، لم يكن إشكال في الصحة، لأن المرتهن حينئذ وكيل عن المالك، بل في المسالك «لو حملت عبارة المتن على ذلك كان أولى، واسترحنا من ذلك الإشكال المتوقف زواله على أمور خفية».

قلت: لكن مقتضاه حينئذ ما استوجه المصنف فيه المنع من عتق المرتهن عن الراهن مع الإجازة. وقد عرفت ما فيه من الإشكال، مضافاً إلى عدم إنطباق التعليل، وأن الاقوى الجواز فيه، بناء على شمول دليل الفضولي لمثل ذلك، وان قلنا باعتبار نية القربة التي يكفي في إيجادها مشروعية الفضولي، مثل التوكيل والتبرع.

ومرجع الجميع إمّا إلى مشروعية إيجاد صورة الفعل العبادي عن الغير ـ على وجه يسقط التكليف عنه، لأن المراد توجه أمر إلى الفاعل النائب بقصد امتثاله، كما في الأصل، ضرورة عدمه في الوكيل مثلاً فضلاً عن غيره، حتى الإجارة التي يؤمر بادائها بعد تمام العقد من حيث كونه وفاء بالعقد لا لأمر عبادة ـ أو إلى أن الغير مأمور بايقاع الصلاة عن الغير ولو ندباً، على نحو أمر الولد بالقضاء عن والده، فتكون نيّة القربة فيه حينئذ باعتبار كونه مأموراً بذلك، بل هو معنى المشروعية تبرعاً، أو وكالة.

وجواز أخذ الأجرة عليه ـ مع أنه عبادة محضة للأجير كالنافلة ـ للدليل الوارد في الحج و غيره، ولعله باعتبار تضمنه وصول منفعة للغير خصوصاً إسقاط ما في ذمته و كان هذا اقوى من الأول سيّما بعد معلومية كون صلاة النيابة صنفاً من العبادة بل هي نوع مقابل للعبادة الأصلية نعم قد يفرق بين التوكيل و غيره والله اعلم والكلام في الوقف يعرف ممّا قدمناه سابقاً و ذكرناه لاحقاً فلاحظ وتأمّل.

﴿ و ﴾ كيف كان فـ﴿ لو وطىء الراهن﴾ باذن أو بدونها ﴿ فأحبلها ،صارت أمّ ولده ﴾ شرعاً بلاخلاف بل في التذكرة نسبه إلى مذهبنا مشعراً بالاجماع عليه، ولاينا في ذلك ماتسمعه من جواز بيعها عند جماعة من الاصحاب، لعدم انحصار حكمها في عدم جواز البيع، إذ قد لاتباع فتعتق من نصيب ولدها مثلاً.

﴿ و ﴾ كذا لاخلاف في أنه ﴿ لايبطل الرهن ﴾ المستصحب بذلك ، و إن كان بإذن بل في المسالك لاشبهة فيه ، بل ظاهر قوله في التذكرة ـ عندنا ـ الاجماع عليه، وعلله في جامع المقاصد بان الرهن بعد تمامه ولزومه ، إنما يبطل بمنافيه ، والاحبال وإن وقع بالاذن غير مناف وإن صارت أم ولد ، إذ لايمتنع بيعها إذا تعلق بها حق المرتهن سابقاً على الاستيلاد ، إمّا مطلقا أومع الاعسار ، ومع الايسار يجب بذل القيمة ، لتكون رهناً ، و ذلك أثر بقاء الرهانة لامحالة ، فلامنافاة حينئذ » ، بل في المسالك : «لاتخرج به عنه وإن منعنا من بيعها ، لامكان موت الولد ، فانه مانع ، فاذا زال عمل السّبب السابق عمله » .

قلت : قديقال : بالبطلان إن لم ينعقد إجماع على خلافه ، بناء على منع البيع مطلقا أو مع اليسار ، لماعرفت سابقاً من أنه يشترط في صحّة الرهن كونه ممّا يباع حتى يتم الاستيثاق به ، بدعوى ظهور كون ذلك شرطاً في الابتداء والاستدامة ، كما هو الأصل في الشرائط ، خصوصاً في المقام الذي هذا الشرط فيه كأنه من مقومات الرهانة ، و بذل القيمة على القول بالمنع مع اليسار إنما هو لبطلان الرهانة في العين لالبقائها فيها ، حتى تكون ذلك من آثارها .

و من هنا أورد في جامع المقاصد على هذا القائل بأن الرهانة إن بقيت فهي متعلقة بالعين ، وإلاّ فلاتعلق لها بالقيمة ، وإن كان قد يدفع بالتزام الثاني ، والتعلق بالقيمة لكونه السبب في إتلاف الرهن ، حتى لوأذن له بالوطي الذي لم يستلزم الاحبال ، فالاذن فيه ليس إذناً بالاتلاف ، حتى يتوجّه إليه عدم استحقاق القيمة رهناً باذنه ، ولعلّ هذا القائل كسابقه يلتزم عدم عودها رهناً بموت الولد ، أوانكشاف عدم بطلان رهانتها الذي حكم به ظاهراً لاستصحاب بقاء الولد أو غيره .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ هل تباع ؟ قيل : لامادام الولد حيّاً ﴾ ترجيحاً لدليل منع بيع أمهات الأولاد الظاهر في قوة الاستيلاد ، بحيث يضاهي العتق ، بل ربما كان أقوى ، لأنه ينفذ فيما لاينفذ هو فيه ، كاستيلاد المجنون والمحجور عليه ، ولأن استيلاد المريض يكون من الأصل ، بخلاف عتقه ، بناء على أن منجزاته من الثلث،

لكن لم نعرف القائل به قبل المصنف ، بل ولابعده ، غير الفاضل في التحرير ، وثاني الشهيدين ، في ظاهر الروضة . نعم عن الشهيد في غاية المراد حكايته عن المبسوط ، و في جامع المقاصد « الظاهر أنه وهم » وحكي عنه الجواز مطلقا .

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ كما عرفت والحلي ، والفاضل ، في المختلف ، والكركي والشهيدان في اللمعة ، والمسالك ﴿ : نعم ﴾ يجوز مطلقا للأصل و ﴿ لأن حق المرتهن أسبق﴾ ولأولوية أو مساواة بيعها في الدين المتعلق بها ، للبيع في ثمن رقبتها، و بذلك كله و غيره يرجح دليل بيع الرهن على دليل منع بيع أمهات الأولاد ، ولو سلّم التعارض مع عدم الترجيح فالأصل جواز البيع ، وقيل والقائل الشيخ في الخلاف و ابن زهرة ، والفاضل في التذكرة ، والشهيد في الحواشي ، على ما حكي عنهم: تباع مع إعسار الرّاهن وتبذل قيمتها رهناً ، جمعاً بين الحقين مع يساره ، بل في الغنية الإجماع عليه ، وكان وجهه بعد كونه جمعاً بين الدليلين مساواته في الأوّل لثمن رقبتها، بخلاف الثاني ، لكن في السرائر أنه مخالف لأصول المذهب .

و قيل : والقائل الشهيد في بعض حواشيه: يجوز بيعها مع وطئه بغير اذنه ، ولايجوز مع الوطي بالاذن ، و مال إليه بعض مشايخنا ، لموافقته للاصول والاعتبار إن لم يكن خرقا للاجماع ﴿ و ﴾ لاريب أن الثاني لا ﴿ الأوّل ﴾ ولا الأخيرين ﴿أشبه﴾ بأصول المذهب ، خصوصاً إذا كان الوطي بغير الإذن ، لما عرفت من ترجيح دليل الرهن بما سمعت ، الذى منه الشهرة ، بل قد عرفت أن الأصل يقتضي الجواز بعد الإغضاء عن الترجيح .

﴿ و ﴾ خصوصاً بعد اعتراف المصنف بل الجميع بأنه ﴿ لو وطئها الرّاهن باذن المرتهن لم تخرج عن الرهن بالوطء ﴾ كالإذن في غيره من الانتفاعات التي لاتستلزم بطلان الرهانة في العين ، و إن أذن له في نقلها إلى غيره بعقد ، فضلاً عن استيفائها بنفسه ، أوبغيره ، بل قدعرفت جزم الاصحاب بعدم خروجها بذلك عنه،وان ترتب عليه الإحبال ، حتى على القول بعدم جواز البيع ، هذا .

وفي الدروس في تحرير أصل المسألة : قال : « وفي بيعها أو وجوب إقامة بدلها

ترددّ ، من سبق حق المرتهن ، وعموم النّهي عن بيعها ، فيقام بدلها أو يتوقع قضاء الدين أو موت ولدها ، ولو كانت مرهونة في ثمن رقبتها ، فبيعها أوجه » .

وفيه أنه لا إشكال فيه مع الإعسار ، ومع اليسار من المسألة . كما أن القائل بعدم جواز بيعها لا يوجب إقامة بدلها ، بل ليس له إلاّ توقع قضاء الدين أو موت الولد ، بناء على أنّها باقية رهناً كما عرفت . والأمر سهل .

وعلى كل حال فلاحدّ على المالك ، وإن كان بغير إذن ، وإنّما يعزّر ، وولده حر ، ولا يغرم قيمته رهناً ، و إن قلنا بتبعية النماء ، كما أنه ليس عليه عوض الوطي كذلك . نعم لايبعد وجوب أرش البكارة عليه رهناً إذا كان بغير إذن ، لأنه عوض جزء أتلفه و كذا تفاوت قيمتها لو كان بالوطي والإحبال أوالولادة ، بل لو ماتت بالطّلق وجب بذل قيمتها رهناً ، كما في القواعد ، وغيرها ، وكذا لو وطيء أمة غيره لشبهة ، فضلاً عن غيرها ، فماتت بالطلق بخلاف زوجته المأذون في وطئها والمزنيّ بها ، الحرّة المختارة الّتي لا تدخل تحت اليد بالاستيلاد الذي هو اثبات يد في الأمة .

وأما المكرهة الحرّة ففي جامع المقاصد « يضمنها لو ماتت بالطلق ، كما صرّح به في التذكرة ، لأنه أحدث سبب هلاكها فيها على كره ، فيضمن ديتها الّتي تجب على العاقلة » وفيه ما لا يخفى ، بل لا يخلوالسابق أيضاً من نظر ، والأقوى القيمة عند التلف لا الإحبال ، ولا الأعلى منه إلى يوم التلف هذا كلّه في وطى الراهن .

أما المرتهن فكا لأجنبي في الأحكام المتقدمة في بيع الحيوان ، لكن عن الشيخ في المبسوط هنا إذا وطئها باإذن الراهن فاإن لم يدّع الجهالة بتحريم ذلك فهو زنا ، والخلاف « إذا وطيء الجارية المرهونة باإذن الراهن مع العلم بتحريم ذلك لم يجب عليه المهر » ومثله عن الغنية نافياً للخلاف فيه ، والظاهر إرادتهم عدم الاكتفاء بمطلق الإذن بل لابدّ من عقد التحليل ، إلاّ أنه لا وجه لنفي المهر عنه ، وحكي عنه في الدروس أنه قال لو أذن له الراهن فلا مهر عليه ، ولا قيمة للولد ، ثم قال : وهو بعيد إلاّ أن يحمل على التحليل ، لكن كلام الشيخ ينفيه ، وهو كذلك كما سمعت ، بل

المتجه على ما سمعت من كلامه كون الولد رقاً رهناً ، بناء على التبعية ، لا أنه يبذل قيمته رهناً أيضاً ، ومن الغريب ما يحكى عنهما أيضاً وعن التحرير من أنها تصير أم ولده ، لو اشتراها بعد ذلك ، مع أن الظاهر من الأدلة اعتبار التولد من وطي المالك في ذلك .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لو أذن﴾ المرتهن ﴿له﴾ أي الراهن ﴿في بيع الرهن﴾ جارية كان أو غيرها قبل حلول أجل الدين ﴿فباع بطل الرهن﴾ فيه بلا خلاف ولا إشكال ﴿ولا يجب جعل الثمن رهناً﴾ إذا لم يشترطه بلا خلاف أيضاً بيننا إلا ما تسمعه من الشيخ في بعض أفراده للاصل السالم عن المعارض بعد بطلان الرهانة في المبيع بالإذن التي تعقبها البيع . اللهم إلا أن يدعى كون المراد الإذن في بيعه مرهوناً على معنى كون الثمن مقابلاً له في الملك وحق الرهانة ، فتنتقل الرهانة حينئذ إلى الثمن قهراً ، لكن ظاهر الأصحاب في المقام سقوط حق الرهانة ، لعدم تعقل بقائها في المبيع حتى تقابل بالثمن ، وأنه فرق بين البيع والتلف ، وعليه وإن كان فيه نوع تأمل ، يتجه حينئذ لهم ما سمعت .

ومنه يعلم ان السقوط بالبيع ، لا بالاذن فيه ، فله حينئذ الرجوع بها قبل البيع لعدم بطلان حقه بذلك ، ولو ادعى بالرجوع حلف الراهن إن ادعى علمه ، ولو صدقه على الرجوع وادعى كونه بعد البيع ، وقال المرتهن : قبله ، فإن اتفقا على تعيين وقت أحدهما واختلفا في الآخر حلف مدعي التأخير عن ذلك الوقت لأنه منكر بناء على اصالة تأخر مجهول التاريخ عن معلومه ، وإن أطلقا الدعوى أو عينا وقتاً واحداً حلف المرتهن ، لتكافؤ الدعويين ، فيتساقطان ، ويبقى استصحاب الرهن سليماً عن المعارض فتأمل جيداً .

أما إذا كان البيع المأذون فيه بعد حلول الحق أو كان الحق حالاً من أصله فمقتضى إطلاق المصنف وغيره كونه كالأول ، بل في المسالك أنه المشهور لما عرفت ، لكن عن المبسوط لو أذن له في البيع بعد محل الحق فباع صح البيع ، وكان ثمنه مكانه حتى يقضي منه ، أو من غيره ، واختاره في التحرير ، بل و الدروس معللاً له بأنه

قضيّة عقد الرهن .

لكنه كما ترى ، كدعوى انصراف الإذن في هذا الحال إلى اشتراط كونه رهناً باعتبار كونه محلّ البيع ، بخلاف ما قبل الأجل بعد الإغضاء عن لزوم مثل هذا الشرط لو صرّح به في الإجازة ، أو الأذن السابقة ، وإن كان لا خلاف فيه على الظاهر بيننا ، بل في التذكرة صحّ عندنا مشعراً بالإجماع عليه ، كقوله في المسالك قطعاً محتجين عليه بعموم «المؤمنون» وفي الدّروس « أنه قريب من نقل الوثيقة إلى عين اخرى » .

لكن قد يقال : إنه ليس في ضمن عقد حتى يلزم بلزومه ، ونقل الوثيقة إنما يكون بفسخ من المرتهن للأولى ، وايجاب للرّهن في الثانية ، على أن ظاهره في الدروس سابقاً إختصاص النقل بالذي يخاف فساده « قال : لو اتفق المتراهنان على نقل الرهن عند الخوف من الفساد إلى عين أخرى احتمل الجواز لأن الحق لا يعدوهما ويجري مجرى بيعه ، وجعل ثمنه رهناً ، ويحتمل المنع ، لأن النقل لا يشعر بفسخ الاوّل ، ويمتنع البدل مع بقاء الأوّل ، فإن قلنا بجواز النقل هنا ، فهل يجوز في رهن قائم لم يعرض له نقص ، وجهان قريبان وأولى بالمنع ، لأن المعرض للفساد يجب بيعه ، فهو في حكم الفائت ، ونقل الحق إلى بدل الفائت معهود ، ولا فوات هنا » .

وهو كما ترى ظاهره الميل إلى العدم في غير ما يخاف فساده ، فقرب الشرط منه غير مجد في صحته ولزومه ، على أن المتجه بناء على عدم مشروعية نتائج العقود بالشرائط اعتبار رهانة جديدة للثمن ، وظاهرهم خلافه ، والاكتفاء بصيرورته رهناً بذلك ، ولعلّه مبنيٌّ على ما ستسمعه إنشاء الله .

وعلى كل حال فالحكم بلزوم الشرط هنا لا يخلو من إشكال ، اللّهم إلاّ أن يقال إن الشرط في الإذن في العقد كالشرط في العقد في اللزوم ، بل قد ينحلّ هذا الشرط إلى كونه شرطا على البايع في الإيجاب المعتبر رضاهما معاً في صحته ، ومنه حينئذ يعلم اللزوم لو اشترط تعجيل الحق في الإذن كما صرّح به غير واحد ، بل

لا أجد فيه خلافاً إلاّ من الشيخ ، فلم يسقط الأجل بهذا الشرط ، بل ظاهر الدّروس حكاية كون الثمن رهناً عنده في هذا الفرض ، وفيه مالا يخفى ، ولو اختلفا في اشتراط رهن الثمن ففي الدروس وجامع المقاصد ، حلف الرّاهن ، ولو اختلفا في النّية لم يلتفت إلى المرتهن ، لأن الاعتبار بما دلّ عليه اللّفظ .

نعم قد يناقش في الأوّل بأن القول قول المرتهن في أصل الإذن ، فكذا صفتها كما عن التذكرة الجزم به في خصوص الفرض ، بل عن المبسوط لو قال : أذنت بشرط أن تعطيني حقي ، فقال الراهن : بل مطلقا ، فالقول قول المرتهن ، لأن القول قوله في أصل الإذن ، فكذا في صفته ، وأجمل الفاضل في القواعد فقال : « حلف المنكر » من غير بيان أنه الرّاهن أو المرتهن ، ولعلّ التحقيق اختلاف التعبير في الدعوى ، والأمر سهل والله أعلم ، هذا كله في إذن المرتهن للراهن .

﴿ و ﴾ أمّا ﴿ لو ﴾ انعكس الفرض بان ﴿ أذن الراهن للمرتهن في البيع قبل الأجل ﴾ ففي المتن وغيره بل لم يعرف نقل الخلاف فيه فضلاً عن وقوعه ﴿ لم يجز للمرتهن التصرف في الثمن ﴾ على معنى كونه رهناً عنده عوض المبيع ، كما صرّح به في الروضة ، بل ربما قيل أنه لا خلاف فيه سوى ماحكاه في الجامع ، بلفظ القيل من أنه لا يكون رهناً .

لكن في الرياض سوّى بين إذن الراهن والمرتهن في بطلان الرّهن ، وعدم جعل الثمن رهناً ، قال : « ولو باع المرتهن الرّهن بدون إذن الراهن ، وقف على الإجازة ، وصحّ بعدها على الأشهر الأقوى من جواز الفضولي ، وبطل الرهن ، كما لو أذن ابتداء أو باع هو بإذن المرتهن مطلقا ، لزوال متعلقه ، ولا يجب جعل الثمن رهناً إلّا مع اشتراطه » .

بل ربما ظهر منه الميل إلى عدم صيرورة القيمة في التلف رهناً ، لأنه قال متّصلاً بالكلام السابق : « قيل أما إذا أتلفه متلف إتلافاً يقتضي العوض ، كان العوض رهناً ، لإمكان الاستيثاق به ، وعدم خروجه عن العوض ، لكنه تبطل وكالة المرتهن في الحفظ والبيع إن كانت ، لاختلاف الأغراض في ذلك باختلاف الأموال » إنتهى

وفي الفرق وتعليل قيام العوض مقام المتلف رهناً نظر ، يظهر وجهه لمن تدبّر .

قلت : قد عرفت إتفاق الأصحاب ظاهراً على كون الثمن رهناً في صورة إذن الرّاهن ، إلّا ما حكاه في الجامع بلفظ القيل ولا ريب في ضعفه ، وإن كان وجهه ما سمعت سابقاً من اقتضاء البيع بطلان الرهانة السابقة ، لعدم تعقل بقائها في المبيع ، بل وفي ثمنه إلا مع الشرط ، وليس هنا ، اذ الفرض عدم وقوع غير الإذن من الراهن للمرتهن في البيع وهو أعم من ذلك فيكون إذن الراهن كإذن المرتهن في ذلك بعد فرض استناد البطلان إلى البيع المنافي للرّهانة في المبيع ، وليس ما يقتضي رهن غيره من شرط ونحوه ، وهو مشترك بينهما .

لكن فيه أولا : أنه يتم بناء على أن الثمن للمبيع كعوض التالف تتعلق به الرّهانةمن حيث كونه عوض مرهون ، إذمن الواضح حينئذ تمامية ماذكره الأصحاب نعم هنا مقتضى ذلك كونه رهناً أيضاً في إذن المرتهن للراهن ، لا العكس خاصة ، وهم لا يقولون به إذا لم يشترط ، أللهم إلّا أن يدعى ظهور الإذن منه في الاسقاط بالبيع مطلقا ، أو في خصوص البيع قبل الأجل ، باعتبار عدم اقتضاء الرهن بيعه حينئذ والشرط إنما هو لرفع الظهور المستفاد من الإذن ، وإبقاء رهنية الثمن على حسب اقتضاء تعلق الحق بالعين ، أوبما يقوم مقامها ، بخلاف المقام الذي لم يحصل منه إذن في البيع ، إذ الإذن من الراهن ، وإنّما حصل منه البيع ، وهو لا يقتضي إسقاط حقه من الرهانة وربما يؤيّده عدم ذكرهم اعتبار القبض في رهنية الثمن المشترط ، فضلاً عن تجديد الارهان .

وثانياً أنه لوقلنا باقتضاء البيع سقوط الرهانة في المبيع على وجه لايقتضي رهانة الثمن ، إلّا باتفاق جديد منهما ، لكن قد يقال : بظهور كون البايع المرتهن ، وان الإذن من الراهن له من حيث حق رهانته ، لأنها وكالة كوكالة الأجنبي في إرادة بقاء حق الارتهان الذى لاموضوع له بعد البيع ، إلاّ في الثمن فهو كاتفاقهما على ذلك بل مبني العقد ظاهرا عليه حتى يصرّح بخلافه ، وهذا واضح بأدنى تأمل .

ومن ذلك كله يظهر لك ما في الرياض من النظر من وجوه ، بل وما في الحدائق فانه قال : فيما لو أذن الراهن للمرتهن هل يكون الثمن رهناً فلا يجوز للراهن طلبه أم لا ، إشكال ، ولم يحضرني الآن تصريح أحد منهم بالحكم المذكور، ويمكن ترجيح العدم ، لأن حق المرتهن إنما تعلق بالعين ، فلا يتعدى إلى الثمن إلّا بدليل ،وليس فليس إذ قد عرفت التصريح بذلك ، وأنه المراد من قولهم لا يجوز التصرف فيه إلّا بعد الحلول بعد التأمل ، وقد عرفت الوجه في ذلك أيضاً ، فكلامه أيضاً لا يخلو من نظر من وجوه .

كما أن قول المصنف ﴿ إلّا بعد حلوله ﴾ لا يخلو من نظر أيضاً ، ضرورة اقتضائه جواز التصرف في الثمن بعد الحلول ، وهو واضح البطلان ، إذ ليس الثمن إلا رهناً ، فيجري فيه ما يجرى في الرهن من عدم جواز التصرف فيه بعد الحلول إلّا باذن الراهن أو الحاكم أو المرتهن على التفصيل الذي ستسمعه .

بل وكذا قوله كغيره من الأصحاب ﴿ ولو كان ﴾ أي الإذن بالبيع ﴿ بعد حلوله صحّ ﴾ التصرّف فيه ، لا يخلو من نظر إذا لم تقترن بما يدل على الإذن في الإستيفاء منه ، ولو بمعاوضة جديدة ، أو قبض كذلك ،كمطالبة من المرتهن و نحوها ، ضرورة عدم اقتضاء الإذن في البيع ذلك ، ومن هنا شرط بعضهم جواز التصرف المزبور بالإذن فيه وفي الإستيفاء وهو جيّد . بخلاف ما في المسالك من تنزيل العبارة على مساواة الثمن للحق جنساً ووصفاً ، إذ هو مع عدم إشعار في عبارة المصنف و غيرها به غير تام ، إذ التساوى لا يقتضي الإذن في الاستيفاء ، والتقاصّ القهري في نحوه إنما هو في خصوص ما في الذمم ، لا في الرّهن المساوي للحق كما هو واضح .

نعم لو فرض أن المرتهن قد اشتراه بإذن من الراهن في الذّمة بمساوي حقّه جنساً ووصفاً ، أمكن حينئذ دعوى التهاتر القهرى ، وتنزيل العبارة عليه كما ترى ، وأضعف منه الاحتجاج لإطلاقها بما دلّ على المقاصة من خبر المروزى المتقدم سابقاً

في خوف جحود الوارث ، وغيره الذي لافرق فيه بين مجانس الحق ومخالفه ، ضرورة عدم جواز المقاصّة قبل حصول شروطها من الامتناع و غيره ، كما هو واضح ، فالتحقيق مراعاة الضوابط إن لم يقم إجماع على خلافها في المقام ، ودونه خرط القتاد والله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ اذاحلّ الأجل ﴾ و أراد المرتهن حقه طالب الراهن بالوفاء ، ولو ببيع الرهن أوالتوكيل في بيعه ، وفي الدروس ليس للمرتهن تكليف الراهن بأداء الحق من غير الرّهن ، وإن قدر عليه الراهن ، ولعلّه لتعلق حقه في العين برضاه ، ولاينافي ذلك شغل ذمة الرّاهن .كما لاينافيه عدم جواز البيع له ، لو بذل له الراهن الدين .

﴿ و ﴾ لو ﴿ تعذّرالأداء ﴾ المزبورلامتناع من الراهن مثلاً ﴿ كان للمرتهن البيع ﴾ والاستيفاء ﴿ إن كان وكيلاً ﴾ بل له ذلك من غيرمراجعة له مع إطلاق وكالته ﴿ وإلا ﴾ يكن وكيلاً ولم يتمكن من إجباره ﴿ رفع أمره إلى الحاكم ﴾ إذاكانت له بيّنة يثبت بها حقه ﴿ ليلزمه البيع ﴾ بالقول أوالفعل بضرب ، أوحبس ، أونحوهما ممّا يتوقف تحصيل الحق عليه إلى منتهى مراتب ذلك ، وليس للمرتهن البيع قبل رفع أمره إلى الحاكم بلاخلاف أجده فيه ، للأصل وغيره بعد عدم انحصار حقه في ذلك ، وبعد نصب الحاكم لقطع الخصومات و إعانة المظلومين ، فإن امتنع على الحاكم إلزامه ـ ولو لعدم بسط يده ـ باعه عليه بنفسه ، أوبوكيله ولو المرتهن إذا كان جامعاً لشرائط الوكالة في مثله ، وليس للمرتهن هنا أيضا البيع بدون ذلك ، لتمكّنه من الولي الشرعي له الذى هوقائم مقامه فلاتسقط حرمة ماله حينئذ ، إذهو كالتمكن من المالك ، والاستيثاق لايقتضي مباشرة الاستيفاء ﴿ فـ ﴾ لاينا في كون كيفيته ما ذكرناكي يعارض ما دلّ على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا باذنه ، أو إذن وليه لكن في المتن وغيره أنه ﴿ إن امتنع ﴾ أي الراهن بعد الزام الحاكم له ﴿ كان له حبسه و له أن يبيع عليه ﴾ و مقتضاه التخيير بين الأمرين ، وأن ولاية الحاكم تثبت في أوّل مراتب الامتناع عليه وهو لايخلو من إشكال ، خصوصاً بعد

راعاة الاقتصار في ولاية الحاكم على المتيقن الذي هو حال إنتهاء مراتب الاجبار على الحق .

بل ربما كان في خبر سماعة[1] عن الصادق عليه السلام ظهور في خلافه في الجملة ، قال : كان امير المؤمنين عليه السلام يحبس الرّجل إذا كان التوى على غرمائه ، ثم يأمر فيقسم ماله بالحصص ، فان أبى باعه فقسّمه فيهم ، يعنى ماله » فتأمّل والأمر في ذلك سهل، كسهولة اختلاف عبارة الأصحاب في المقام بالنسبة إلى الاطلاق والتقييد المبني على ظهور الحال في هذا الحكم ، لاعلى الاختلاف في المسألة ، والتفصيل ما ذكرنا .

وليس في نصوص المقام ماينافيه ، سوى ما في موثق اسحاق بن عمار من جواز البيع من دون مراجعة الحاكم ، قال :[2] « سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يكون عنده الرّهن فلايدري لمن هو من الناس فقال : لاأحبّ أن يبيعه حتى يجيء صاحبه قلت : لايدرى لمن هو من الناس فقال : فيه فضل أونقصان، فقلت: إن كان فيه فضل أونقصان فقال : إن كان فيه نقصان فهوأهون يبيعه فيؤمر فيما نقص من ماله ، وإن كان فيه فضل فهوأشدهما عليه ، يبيعه ويمسك فضله ، حتى يجيء صاحبه » .

إلا أني لم أجد عاملا به ، عدا ما يحكى عن ظاهر أبي الصّلاح حيث أطلق جواز البيع مع عدم التمكّن من استيذان الراهن ، وأنه ليس له إلاّ مقدار قيمته لو نقصت عن الحق مع البيع بغير الاذن ، ولعلّه لهذا الخبر الذي يمكن حمله على ما إذا لم يكن إثبات حقه ورهانته عند الحاكم ، أوعلى تعذّر الحاكم ، أوعلى إرادة بيان مطلق البيع الذي يجامع الاستيذان من الحاكم مع التمكن ، أوعلى غير ذلك .

كما انه ينبغي حمل موثق عبيد بن زرارة[3] - « عن الصّادق عليه السلام في رجل رهن رهناً إلى غير وقت موقت ، ثم غاب هل له وقت يباع فيه رهنه ، قال: لا حتى يجيء » - على الكراهية أوعلى الغيبة التي لاضرر على الديان بانتظارها ، لقربها وتوقع مجيء الرّاهن ، أوغير ذلك ممايحمل عليه موثق ابن بكير[4] - « سألت أباعبدالله عليه السلام

(١) الوسائل الباب ٦ - من ابواب الحجر الحديث ١ لكن عن عمار .

(٢) (٣) (٤) الوسائل الباب - ٤ - من ابواب احكام الرهن الحديث -٢-١-٣-

عن رجل رهن رهناً ثم انطلق ، فلا يقدر عليه أيباع الرهن قال : لا حتى يجيء صاحبه» أو يطرحا ، لإعراض الأصحاب عن إطلاقهما .

وأما خبر إبراهيم بن عثمان[1] «قلت للصادق عليه‌السلام : رجل لي عليه دراهم ، وكانت داره رهناً ، فأردت أن أبيعها فقال : أعيذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه» فلا ريب في إرادة الكراهة لبيع الدار منه ، كما أن المراد من بيعه على حسب حال بيع الرهن من الرجوع إلى الراهن أولا ، ثم إلى الحاكم مع التمكن على التفصيل المتقدم ، لا أن المراد تولي بيعه بنفسه من أول الأمر الذي يمكن دعوى إجماع الأصحاب على خلافه ، بل المفهوم في خبر المروزي المتقدم في مسألة خوف جحود الوارث ظاهر في نفيه أيضاً ، فضلاً عن الموثقين السابقين .

ثم إن ظاهر الأصحاب هنا عدم اعتبار قيام العدول مقام الحاكم مع تعذره ، نعم في جامع المقاصد لو لم يكن الحاكم موجوداً باع بنفسه ، ولو أشهد شاهدى عدل كان أولى ، وهو مع ظهوره في عدم الوجوب لم يعتبر إذنهما في البيع للولاية كما أن الظاهر عدم إرادة من أنهى الأمر إلى الحاكم من غير تعرض للحكم ، إذا لم يكن موجوداً تعطيل المال لو فرض تعذر الوصول إليه ؛ إذ الظاهر عدم التوقف في مباشرة المرتهن حينئذ للبيع ، واستيفاء حقه كما هو مقتضى ما دل على المقاصة ، للموثق المزبور المعتضد بنفي الضرر والحرج .

بل أطلق في التذكرة «أنه إذا لم يكن له بينة أو لم يكن في البلد حاكم فله بيعه بنفسه ، كما أن من ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ، ولا بينة له يبيعه ، ويأخذ حقه» وإن كان الظاهر إرادته بحيث يشق الوصول إليه ، لا مطلق عدم كونه في البلد ، كما أن الظاهر إرادة من ألحق غيبة الراهن بالامتناع ، الغيبة التي يتضرر المرتهن بانتظار مجيئه منها ، لا مطلق الغيبة وإن قصر زمانها ، بل ربما كانت أقصر زماناً من استيذانه وهو في البلد في بعض الاحوال .

نعم قد يظهر من كلمات الأصحاب في المقام عدم اعتبار إذن الحاكم إذا لم

---

(١) الوسائل الباب - ١١ من ابواب الدين - الحديث - ٤ .

يكن للمرتهن بينة ، وإن تمكن من استيذانه على وجه العموم ، بحيث يندرج الرهن المخصوص فيه في الواقع من دون تعرض له بخصوصه ، إلاّ أن الاعتبار مراعاةً لاذن الولي لا يخلو من قوة ، كما أنه قد يظهر منها ومن الموثّق المزبور بيع تمام الرّهن ، وإن وفى بعضه بالحق ، فيبقى الباقي حينئذ أمانة وهو جيد إذا توقف الحق عليه أو حصل ضرر بالتبعيض على المالك ، أما إذا لم يكن كذلك فالمتجه مراعاة حق الرّاهن بالاقتصار على بيع مقدار الحق وابقاء عين المال أمانة .

ولو أراد الراهن بيعه للوفاء فلم يأذن المرتهن كان للحاكم إلزام المرتهن بالاذن فان امتنع تولى أمره الحاكم ، وإليه أشار في التذكرة فقال : « وإنما يبيع الرهن الراهن أو وكيله باذن المرتهن ، فلو لم يأذن وأراد الراهن بيعه قال له الحاكم : إئذن في بيعه ، وخذ حقّك من ثمنه ، أو أبرءه ، ولو قال الراهن للمرتهن بعه لنفسك لم يصحّ البيع ، لأن غير المالك لا يبيع لنفسه ، خلافاً للشافعي في أحد الوجهين ، بل يقول بعه لي أو بعه مطلقا على الأقوى حملاً على الصحيح خلافاً للشافعي في أحد وجهيه أيضاً فمنعه .

وقد عرفت فيما تقدم أنه لابد من الاذن في الاستيفاء ، فان قال : استوفه لنفسك صحّ ، كما في التذكرة ، وعلى الأقوى في الدروس وفيهما معا أنه يحدث فعلاً جديداً من كيل أو وزن أو نقل ، لدلالة اللفظ عليه . نعم احتمل في ثانيهما الاكتفاء بدوام اليد ، كقبض الرهن أو الهبة من المودّع والغاصب والمستعير ، ولا ريب في قوته لأن استدامة القبض كالقبض الجديد كما أومأنا إليه سابقاً ، وكذا الكلام لو قال اقبضه لي ثم لنفسك ، أو أمسكه لنفسك .

ودعوى ظهور قوله ثم استوف لنفسك في احداث فعل على وجه لا يشمل تجدد اليد واضحة المنع ، أما لو قال بعه لي واستوف لنفسك ، أو اقبضه أو أمسكه كذلك ، فقد يشكل صحته فيما لو كان الثمن في الذمة ، بعدم تعيّنه للمديون بغير قبض منه أو ممن يقوم مقامه مع عدم الحوالة ، لكن في الدروس : الأقرب الجواز ، وإن لم يقبضه للراهن ، وإن كان مكيلاً ، أو موزوناً ، أو طعاماً ـ بل قال : ـ لو كان الثمن غير

مقدّريهما فالظاهر أنه لا إشكال فيه ، لصحة بيع ذلك قبل قبضه عندنا بغير اختلاف » وفيه أن الإشكال مماذكرنالامن ذلك .

نعم في التذكرة « الوجه الصحة ، لأن قوله استوف لنفسك يتضمن التوكيل » وهو جيّد ، بناء على كون المراد إقبضه لي ثم لنفسك باعتبار توقف الثاني على الأوّل إنما الكلام على تقدير عدم إرادته ، وقد عرفت أنه مشكل ، بل جزم الشافعي بعدم صحته كالفاضل في القواعد ، وإن ترتب الضمان على هذا القبض الفاسد ، أللهم إلاّ أن يقال أن القبض وإن كان لنفسه يقوم مقام قبض الديان فيقدر له آناًما كما في أعتق عبدك عني ، فتأمّل جيّداً هذا . وقد تقدم تمام التحقيق في كثير من هذه المسائل في المباحث السابقة في كتاب البيع والله أعلم .

المقصد * الثاني

في أحكام متعلقة بالرهن)*

﴿ الرهن لازم من جهة الراهن ﴾ جائز من جهة المرتهن بلا خلاف أجده فيه ، بل في التذكرة والمحكي عن غيرها الإجماع عليه ، وهو كذلك بناء على عدم مدخليه القبض في صحته ولا لزومه ، بل وعلى تقدير مدخليته مع حصوله . نعم هو جائز من طرف الراهن قبله ، بناء على أنه شرط في اللزوم كما مرّ تحقيق ذلك ، والمراد هنا بيان حكمه من جهة الراهن ، والمرتهن ، بعد تمام ما هو معتبر في صحته ولزومه ، فالإجماع حينئذ بحاله ، مضافاً إلى ما دلّ على اللزوم من الأمر بالوفاء بالعقود وغيره الذي لا يجري في المرتهن قطعاً ، بعد أن كان الحق له ، فهو مسلط على إسقاطه كغيره من الحقوق .

بل الظاهر عدم صحّة اشتراط الخيار للراهن ، لمنافاته الاستيثاق ، والحبس الذي هو مقتضى عقد الرهن ، وفرق بينه وبين ارتهان العبد الجاني ونحوه ـ مما لا وثوق للمرتهن ببقائه ، من غير الراهن الذي يكون شرط الخيار منه ، كاشتراط التوقيت ـ في المنافاة .

لكن مع ذلك كلّه قد استشكل فيه في التذكرة فقال : « وأمّا الشرط الفاسد فهو ما ينافي مقتضى عقد الرهن ، مثل أن يشترط أن لا يسلّمه إليه على اشكال ، أولا يبيعه عند محلّ الحق ، أولا يبيعه إلّا بما يرضى به الراهن ، أو بما يرضى به رجل آخر ، أو تكون المنافع للمرتهن ، أولا يستوفي الدين من ثمنه ، فإنها شروط نافت مقتضى العقد ، ففسدت ، وكذا إن شرط الخيار للراهن على إشكال ، أو أن لا يكون العقد لازماً في صفة ، أو يوقت الرهن ، أو أن يكون الرهن يوماً ، ويوما لا يكون رهناً » .

إلا أنه لاريب فيضعفهلما عرفت ، كضعف احتمال الفساد فياشتراط عدمالتسليم إذا كان المراد منه استمرار بقاء اليد ، بل وإن لم يرد منه ذلك إذا كان المراد منه مالا يشمل الوكالة ، أو قلنا بعدم اعتبار التسليم فيه ، فإن دعوى احتمال عود ذلك على العقد بالنقض كما ترى ، وكذا الكلام في نحو اشتراط المنافع للمرتهن والله العالم .

وعلىكل حال فلا ريب في لزوم الرهن من جهة الراهن . نعم قد يقال بجوازه لو كان قد وقع منه لانه شرط عليه في بيع قد زعم صحته ، فبان عدمها بعد وقوع الرهانة منه ، كما جزم به في القواعد لنفي الضرر والضرار ، ولان الشرط في البيع كجزء من الثمن أو المثمن اللذين لاريب في رجوعهما إلى مالكهما بظهور البطلان بل مقتضى ذلكبطلان الرهن قهراً ، إلاّ أنه لماكان قد وقع بعقدمحكوم بصحتهلاطلاق الأدلة ، روعي الجمع بين ذلك ، وبين حق الراهن بالخيار ، والمسألة سيّالة في غير المقام ، كاشتراط البيع والاجارة ونحوهما في عقد قد ظهر فساده بعد وقوعهما .

مع أنه قد يقال بعدم الرجوع في الجميع ، لأن تخيل الصّحة من الدواعي فالعقد الصادر باق علي مقتضى ما دلّ على صحته ولزومه ، إذ هوحينئذ كما لو أبرأت الزوجة الذمةبظن صحة الطلاق ، أو فيخصوص المقام الذي لامجال للقول بالبطلان فيه ، باعتبار منافاته لاطلاق ما دلّ على الصّحة ، ولا الخيار لعدم قابلية خصوصهذا العقد للخيار ، فهوحينئذكالابراء المشترط فيعقدقد ظهرفساده بعد وقوعه ، والنكاح

والطلاق والعتق ونحوها ، وعن بعض نسخ القواعد ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزوم فرهن فلا رجوع ، وهو لا يخلو من قوة فتأمّل جيّداً .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ليس له﴾ أي الراهن ﴿انتزاعه﴾ من المرتهن بدون رضاه ﴿إلاّ مع﴾ سقوط الارتهان ببراءة ذمة الراهن من الدين الذي قد رهن به الرهن بـ ﴿الاقباض﴾ من المالك أو المتبرع أو الضمان أو الحوالة أو الاقالة المسقطة للثمن المرهون به ، أو الابراء من ذي ﴿الدين أو﴾ بـ ﴿تصريح المرتهن باسقاط حقه من الأرتهان﴾ أو ما هو كالتصريح بلا خلاف في شيء من ذلك ، ولا إشكال .

ولو برأت ذمته من بعض الحق فالظاهر بقاء الجميع رهناً على ما يبقى من الدين وإن قلّ ، إذا لم يكن قد اشترط التوزيع ، أو كونه رهناً على المجموع المنتفي صدقه بذهاب البعض ، وفاقاً لصريح جماعة ، بل عن الشيخ الاجماع عليه ، لظهور الارتهان في الاستيثاق ، لجميع أجزاء الدين ، وكون الغرض استيفاؤه بتمامه منه أجمع كما يشعر به ما في النصوص[1] من نفي البأس عن الاستيثاق للمال الصادق على الكلّ والبعض ، جواباً للسؤال عن أخذ الرهن .

لكن في المسالك عن الفاضل في القواعد أنه اختار فيها كونه رهناً على مجموع الدين الذي ينتفي صدقه ببراءة الذمة من بعضه وإن قلّ ، فيبقى الباقي من غير رهن بعد أن احتمله هو ، والذي فيها ، ولو أدى بعض الدّين بقي كل المرهون رهناً بالباقي على إشكال ، أقربه ذلك إن شرط كون الرهن رهناً على الدين وعلى كل جزء منه ، ولا صراحة فيه فيما ذكره ، ضرورة أعميّة مفهوم الشرط فيها من ذلك .

بل في جامع المقاصد في شرحها أنه قد يتوهم عدم افتاء المصنف نظراً إلى أن المذكور في كلامه هو الحكم مع الاشتراط ، ولا نزاع فيه ، لأن النزاع مع الشرط وليس كذلك ، لأن الأقرب يقتضي الفتوى ، إذ لا يتطرق الاحتمال مع الشرط ، إنما يتطرق بدونه ، ثم قال في القواعد « ولو دفع أحد الورّاث نصيبه من الدين لم ينفك نصيبه على اشكال » .

(١) الوسائل الباب -١- من ابواب احكام الرهن .

وفي جامع المقاصد أي : لودفع أحد وارثي الرهن نصيبه من الدين ، و هذا الاشكال - بعد الفتوى المتقدمة بأنه مع الاشتراط يكون الرهن رهناً بكل جزء ، وبدونه على ما يقتضيه التقسيط - لاوجه له ، اذ مع الاشتراط لاينفك قطعاً وبدونه بمقتضى التقسيط يلزم الانفكاك ، ومقتضاه أنه فهم من العبارة الأولى التقسيط وإن كان هو كما ترى ، لما عرفت من كون المفهوم أعم ، و إن جعلنا الأقرب راجعاً إليه ، إذ أقصاه أن لايكون الحكم كذلك ، لاخصوص التوزيع وعلى كل حال فلاظهور فيه ، بل ولا إشعار بذلك ، وحينئذ فلاقائل به فيما أجد .

نعم ربما حكي عن الفاضل وولده التوزيع والتقسيط ، بدعوى أن الرهانة كالمعاوضة في اقتضاء مقابلة الأجزاء بالأجزاء لاالجملة بالأبعاض فان برء من بعض الدين إنفك من الرهن بحسابه نصفاً أوثلثاً أوغيرهما من الأجزاء المشاعة .

وفيه مضافاً إلى مخالفته ما عرفت أنه يقتضي عدم كون الباقي رهناً على الجميع فيما لوتلف بعضه ، وهو باطل نصاً وإجماعاً بقسميه ، ومنه يعلم قوة ما ذكرنا من كون المقابلة في الرهن مقابلة جملته بكل جزء ، لاعلى حسب مقابلة المعاوضات التي لاشبه بينها وبين الرهن، ودعوى ان العرف فارق بين التلف وغيره في التقسيط المزبور غير مسموعة ضرورة اقتضاء العرف ما قلناه كما هو واضح بأدنى تأمّل فيه .

أما إذا اشترط فلا خلاف أجده في لزوم ما اشترطه من التوزيع أوالرهانة على المجموع أوعلى كل جزء من الدين ، كما لا تأمّل في الاوّل والأخير ، لعموم « المؤمنون » نعم قد يتوقف في الثاني باعتبار منافاته للتوثق ، لكن الاتفاق ظاهراً على صحته ينفيه ، مع أنه لامنافاة بناء على عدم وجوب قبول المرتهن للبعض المبذول لما فيه من الضرر عليه بفوات الرهينة وان وجب بدونها ، فيكون هذا البعض حينئذ كالبعض المبذول المستلزم لنقص في المالية ، مثل مال السّلم و ثمن المبيع في عدم وجوب القبول .

إلا أنه قد يدفعه إطلاق ما دلّ على القبول ، والضرر غير قادح ، بعد أن أقدم عليه بالرضا بالشرط المزبور ، بل لايبعد وجوب القبول لوقلنا بانصراف الاطلاق

إلى الاحتمال المزبور من دون شرط ، لتناول مادلّ على لزوم القبول لذلك ، بحيث لاينافيه التضرر بفك الرهانة به بعد بنائها على ذلك ورضاه على هذا النحو ، و حينئذ يتأكد التوقف المزبور في الشرط المذكور ، باعتبار اقتضائه عدم الوثوق بالرهن المفروض انفكاكه بدفع جزء يسير من الدين ، فتأمل جيّداً والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿بعد ذلك ﴾ الاقباض وغيره ممايحصّل به الفك ﴿ يبقى الرهن أمانة في يد المرتهن﴾ مالكية ﴿و﴾ حينئذ ﴿لايجب تسليمه إلا مع المطالبة﴾ من المالك أو من يقوم مقامه ، لأن حصولها في يد الأمين بإذن المالك ، بخلاف الشرعية كالثوب الذي أطارته الريح ونحوه ممّا لاإذن فيه من المالك ، وإنما هي من الشارع الذي أوجب عليه ردّه إلى مالكه ، أو إخباره به ، لعدم إذنه في بقائه في يده ، و بهذا إفترقت الشرعية عن المالكية المستندة إلى الإذن المستصحب حكمها حتى مع النسيان ونحوه .

ودعوى ـ تقييد الإذن هنا بالرّهانة ، فمتى زالت ، زالت ـ مدفوعة بعدم استلزام الرهانة الأمانة عند المرتهن ، فهو حينئذ أمر آخر لا مدخلية له بالإرتهان ، فما عن بعض العامة من الضمان على المرتهن ـ إذا قضاه الراهن ، بخلاف ما إذا أبرأه ثم تلف الرهن في يده ، ـ واضح الضعف ، بل الذي يقتضيه الإستحسان العكس ، ضرورة أنه مع القضاء يكون عالماً بانفكاك ماله ، فإذا لم يطالب به فقد رضي ببقائه أمانة ، بخلاف الإبراء ، فإنه قد لايعلم به الراهن فلايكون تاركا لماله باختياره .

بل ربما ظهر من الفاضل في التذكرة الميل إلى هذا التفصيل ، قال: و ينبغي أن يكون المرتهن إذا أبرء الراهن من الدين ، ولم يعلم الرّاهن ، أن يعلمه بالابراء أو يردّ الرهن ، لأنه لم يتركه عنده إلاعلى سبيل الوثيقة ، بخلاف ما إذا علم ، لأنه قد رضي بتركه وهو حسن ،كما في المسالك إن أراد الأولى كما يشعر به لفظ ينبغي ، و إلاّ كان فيه نظر بعد ما عرفت من أن الأمانة المالكية يكفي فيها حصول الإذن السابق من المالك بعنوان العارية والوديعة ونحوهما ، وإن حصل لها فسخ من المالك

أومن المستعير مثلاً ، فإن فسخ العقد المخصوص لاينافي بقاؤها أمانة ، ولو باعتبار كون ذلك من توابع العقد الاول ، فتأمّل جيّداً ، فإنه دقيق جداً .

ومنه يعلم الحال في حكم الرهن بناء على ما ذكرناه من استحقاق المرتهن قبضه من الراهن ، فإنه لايخرج بذلك عن كونه أمانة أيضاً من الراهن ، و إن كانت مستحقة عليه بعقد الرهن ، فالفك حينئذ من الرّهانة كفسخ عقد العارية لايخرج البقاء في الزمان المتأخّر عن كونه أمانة مالكية ، ولو للتبعية المزبورة ، والله العالم .

﴿ ولو شرط ﴾ المرتهن على الراهن في عقد الرهن ﴿ إن لم يؤدّ ﴾ الحق مطلقاً أو عند الأجل أو في وقت كذا ﴿ أن يكون الرّهن مبيعاً ، لم يصحّ ﴾ الشرط قولاً واحداً ، للتعليق ، وتوقف البيع على سببه من الصّيغة و نحوها ، بل والرهن بناء على اقتضاء بطلان مثل هذا الشرط بطلان العقد الذي علّق الرّضا فيه على الشرط بل وإن لم نقل بذلك للتوقيت في الرهن ، المتفق على بطلانه ، لمنافاته الإستيثاق ، و إن كان زائداً على أجل الدين ، إذ قد لايتيسّر بيعه فيه ، لو جوّزنا بيعه معه ، ولم نقل بكون المراد من التوقيت بقاؤه رهناً إلى الوقت المعلوم ؛ بحيث ليس للمرتهن التصرف فيه ، وإلا كانت منافاته واضحة أيضاً ، وإن كان التوقيت إلى أجل الدّين ، إذ قد تدعو الحاجة إلى بيعه ، لموت المديون مثلاً فضلاً عن اقتضاء التوقيت المزبور الخروج عن الرهنيّة عنده ، فليس للمرتهن حينئذ تعلّق به ، فكيف يعقل الإستيثاق بمال لايجوز إستيفاء الدين منه قبل انتهاء الوقت وبعده .

و لعلّه لذلك اتفق الأصحاب هنا على بطلان الشرط والعقد ، حتى أن الشيخ الذي قد حكي عنه في باب الرهن القول بعدم اقتضاء فساد الشرط فيه فساده ، قال ببطلانه هنا ، مدعياً الإجماع عليه ، وكذا ابن ادريس في ظاهر السرائر ؛ ومن الغريب ما في التحرير قال : « و اذا شرط كونه مبيعاً عند حلول الأجل بالدين ، هل يفسد الرهن بفساد الشرط ؟ فيه نظر ، والذي قوّاه الشيخ عدم الفساد ، و هو جيّد » .

وكأنه أخذ ذلك من مذهبه في الشرط ، وغفل عن كلامه في المقام الذى لم يعرف

الخلاف فيه ، إلاّ من بعض العامة، فصحّح الرهن وأفسد البيع ، محتجاً بأن الراهن إذا رضي بالرهن مع هذا الشرط كان أولى أن يرضى به مع بطلانه ، وفساده ظاهر ، لأن مجرّد تقدير الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد الذي قد وقع ، بعد الاغضاء عما في الأولويّة المزبورة ، ويمكن أن يريد الفاضل في التحرير النظر في البطلان من هذه الحيثيّة ، لامن حيث التوقيت ، والأمر سهل .

ثم إن الظاهر عدم ضمان العين في يد المرتهن إلى المدّة ، كما أن الظاهر ضمانها بعدها، لأن القبض فيها بالرهن الفاسد ، فلا يضمن كصحيحه ، وبعدها بالبيع الفاسد فيضمن كصحيحه ، و احتمال أنه غير مضمون مطلقا ـ إلا إذا نوى تملكه بعد المدة بعنوان أنه مبيع ، لتحقق القبض بالبيع الفاسد المغاير للقبض الأول الذي هو بالرهن الفاسد ـ واضح الفساد ، لأن المراد من اشتراط كونه مبيعاً انه من الآن مبيع في تلك المدة ، لأنه يباع فيها .

وعلى كل حال فلا فرق في القاعدة المزبورة فيهما بين العلم بالفساد منهما والجهل كذلك والتفريق ، للاجماع المحكي إن لم يكن المحصّل على القاعدة المزبورة المقتضية باطلاقها ذلك .

ولا ينافيه الإشكال من بعض المتأخرين في بعض أفرادها ، كصورة جهل الدّافع في المدة و علم القابض في المقام ، باعتبار أن القابض قد أخذ بغير حق ، لأن الدافع قد توهم الصّحة، فيشمله حينئذ عموم[1] «على اليد» بل ربما أشكل بنحو ذلك في الجاهلين إلاّ أن ذلك كله كأنّه اجتهاد في مقابلة النص ، خصوصاً بعد ما في المسالك «من أن الأصحاب و غيرهم أطلقوا القول في هذه القاعدة ، ولم يخالف فيها أحد » بل فيها أيضاً « إمكان دفع الإشكال المزبور بأن المالك أذن في قبضه على وجه لاضمان فيه ، والمتسلم تسلمه منه كذلك، وعدم رضاه لو علم بعدم اللزوم غير معلوم، فالإذن حاصل والمانع غير معلوم» .

---

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ .

ومرجعه إلى أن تخيل الصحة في مثل ذلك من الدّواعي للدفع على وجه المزبور لا أنها شرط في عدم الضمان ، بل دفعه في الجاهلين أوضح من ذلك ، ضرورة كون القابض كالمغرور بفعل الدافع ، و أوضح من ذلك اندفاعها في فاسد المعاوضة التي لا فرق فيها بين العلم والجهل ، بعد كون الدفع على وجه الضمان ، لا عدمه كما هو واضح ، إنما الإشكال إن كان ففي الصورة الأولى في المقام ، كصورة عدم ضمان العين المستأجرة مع علم المستأجر بالفساد ، و جهل الموجر ، والعين المستعارة ، خصوصاً إذا كان الفساد بغصب للعين ونحوه ، بل ربما ظهر من بعضهم في باب الاجارة ماينافي الاجماع المزبور ، فلاحظ وتأمّل والله أعلم هذا .

﴿و﴾ قد تقدم تحقيق الحال فيما ﴿لو غصبه﴾ اي المال ﴿ثم رهنه﴾ المالك من الغاصب وقد قلنا هناك أنه ﴿صحّ﴾ الإرتهان ﴿ولم يزل الضمان ، وكذا لو كان في يده﴾ بسوم او ﴿ ببيع فاسد ﴾ أو استعارة مضمونة إلّا إذا أذن له في استمرار القبض ، فإن الظاهر زوال الضمان كما أوضحنا ذلك كله وغيره فلاحظ وتأمّل ، بل و ذكرنا هناك أيضاً عن الشيخ ﴿و﴾ غيره أنه ﴿لو أسقط عنه الضمان ، صحّ﴾ أيضاً وإن لم يفد إذناً بالبقاء ، ضرورة أعمية ذلك من الرضا به لبقاء الإثم حينئذ .

إلاّ أنه أشكل بكونه اسقاطاً لما لم يجب ، ضرورة كون المراد بالضمان أنه لو تلف ثبت في الذمّة مثله ، أو قيمته ، فقبل التلف لم يثبت حتى يسقط .

و قد يدفع بأن الإسقاط للحق الذي تحقق فعلاً و هو تهيؤ ذمته للضمان بالتلف ، فليس حينئذ إسقاط ما لم يجب ، بل هو إسقاط لما وجب وتحقق .

و دعوى ـ عدم صحّة إسقاط مثل ذلك ـ يدفعها عموم[1] « تسلّط الناس على حقوقهم وأموالهم » كدعوى ـ أن الإسقاط لا يتعقل بعد استمرار السّبب ، وهو القبض غصباً ، و تجدده في كل آن آن ، إذ هو يجدي في خصوص أثر السّبب المقارن والسابق ، فيبقى أثر السّبب المتجدّد غير ساقط ، و يكفي حينئذ في ثبوت الضمان ـ إذ يدفعها أيضاً منع كون ذلك أسباباً متعددة ، بل هي جميعها بعد اتحاد أثرها

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ طبع الحديث .

وصدق الأخذ على مجموعها بسبب واحد عرفاً ، بل وشرعاً ، فالاسقاط حينئذ في محله فتأمل جيداً ، فانه قد يمنع كون ذلك من الحقوق التي يتعلق بها الاسقاط و انما هو من الأحكام للأصل وغيره والله اعلم .

﴿ و ما يحصل من الرهن من فائدة ﴾ متصلة او منفصلة بالاكتساب كحيازة العبد أو غيره ﴿ فهي للراهن ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منهما مستفيض ، كالنصوص ، بل يمكن دعوى ضرورة المذهب ، بل الدين عليه ، و إن خالف فيه في الجملة أبوحنيفة كما قيل ، إلا أن خلافه إن لم يؤكد الضرورة لا ينافيها ، إنما الكلام في تبعيتها له في الرهانة و عدمها ، و قد أشار إليه المصنف بقوله ﴿ ولو حملت الشجرة أوالدابة أوالمملوكة بعد الارتهان كان الحمل رهناً كالأصل على الأظهر ﴾ وهو مشعر أوظاهر في أن الخلاف في نحو ذلك لامطلق الفائدة ، و هو كذلك بالنسبة إلى الفوائد المتصلة كالسمن و الطول و العرض و نحو ذلك ، للاجماع بقسميه على تبعيتها ، بل هي في الحقيقة كصفات الرهن وأحواله التي لاتخرج عن مسماه .

بل قد يقال : بعدم صحة اشتراط خروجها ، و إن كان لايخلو من إشكال ، بل و بالنسبة إلى ما يتجدد من المنافع بالاختيار ، كاكتساب العبد ، لخروجها عن التبعية ، بل جزم في التذكرة بعدم صحة اشتراط دخولها ، لأنها ليست من أجزاء الأصل ، فهي معدومة على الاطلاق .

لكن في الدروس لم يفرق بينها و بين ثمرة الشجرة ، بل ربما ادعى أنه ظاهر الأصحاب ، و إن كان لايخلو من بحث ، كما أومأنا إليه سابقاً ، و منع الراهن من إستيفائها لا لتبعيتها ، بل لاستلزامه التصرف في المرهون الممنوع منه مطلقا نصاً وفتوى ، و إلا فهي ليست من النماءات المتولدة في الأعيان أو منها ، و إن كانت هي أحد مقدمات حصولها ، ضرورة إستنادها إلى الأفعال مع الأعيان ، كالانتفاع الحاصل بالتكسب بالدراهم ، فتأمل جيداً .

و كيف كان فما اختاره المصنف قد نسب إلى الأشهر و الأكثر ، بل قيل أنه المشهور شهرة كادت تكون إجماعاً بل في الانتصار « أنه ممّا انفردت به الامامية » ، بل في الغنية ، والسرائر ، الاجماع عليه ، بل و الأخير منهما أنه مذهب أهل البيت عليهم السلام ، و أن عدم الدّخول مذهب المخالفين ، وهو الحجة بعد التبعية ، و أنها أجزاء من العين المرهونة استحالت إلى موضوع آخر ، وعدم خروج الفرع عن أصله .

لكن قد يوهن الاجماع بمصير كثير من الأصحاب إلى خلافه ، إذ القول بعدم التبعية للمبسوط و الخلاف و نكت النهاية للمصنف ، والتحرير ، والتذكرة والارشاد ، والمختلف ، والايضاح ، والتنقيح ، وجامع المقاصد ، والروضة ، و مجمع البرهان ، والكفاية ، على ما حكي عن بعضها ، و مال إليه في المسالك ، وحكاه في الدروس عن المصنف في درسه ، بل قد يظهر من التذكرة الاجماع عليه ، بل في زكاة الخلاف دعواه صريحاً ، قال: « اذ ارهن جارية أو شاة فحملتا بعد الرّهن كان الحمل خارجاً باجماع الفرقة » .

و تمنع التبعية في غير الملك ، للأصل ، و تبعية ولد المدبّرة للدليل ، مع أن العتق مبني على التغليب ، وكون النماء أجزاء من العين بعد التسليم في جميع أفراده لايقضي بذلك بعد خروجه عن مسمّاها لغة و عرفاً و شرعاً ، و غير ملحوظ للعاقد ، ولا دليل في الشرع ، فأصالة تسلّط المالك على ملكه بحاله .

بل قوله صلى الله عليه وآله « له غنمه ، و عليه غرمه » كخبر اسحاق « عن أبي إبراهيم عليه السلام قلت : فان رهن داراً لها غلّة ، لمن الغلة ؟ قال : لصاحب الدار » دالّ على ذلك أيضاً ، بقرينة كون الظاهر أن السؤال لتخيل الدخول في الرهانة ، والمراد حينئذ بالجواب رفع ذلك ، و أنه لصاحب الدار التصرف به كيف يشاء ، لا أن المراد بيان أصل الملكية الواضحة ، لوضوح بقاء الرهن على ملك المالك ، و من ذلك كله يظهر لك قوة القول بعدم الدخول ، وإن كان الأشهر خصوصاً بين المتقدمين الأوّل والله أعلم.

﴿ ولو كان في يده رهنان ، بدينين متغايرين ، ﴾ أو متوافقين ﴿ ثم أدى ﴾ ﴿ الراهن أحدهما لم يجز ﴾ للمرتهن ﴿ إمساك الرهن الذي يخصّه ﴾ الدين

المؤدى ﴿ بالدين الآخر ﴾ من غير تراض مع الراهن بلاخلاف ولا إشكال ، ﴿ وكذا لو كان له دينان ، و بأحدهما رهن ، لم يجز له أن يجعله رهناً بهما ﴾ من غير تراض معه أيضاً ﴿ ولا أن ينقله إلى دين مستأنف ﴾ أمّا مع الرّضا منه فيجوز قطعاً ، كما تقدم تحقيق ذلك كله ، و جميع ما يتعلق به في آخر الفصل الثالث فلاحظ وتأمّل والله أعلم .

﴿ وإن ارهن مال غيره باذنه ﴾ صحّ بلاخلاف فيه ، بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه عندنا ، بل و غيرنا عدا ما حكي عن ابن شريح من القول على تقدير كونه عارية لا يصحّ رهنه ، لأنها غير لازمة ، ولعلّه غير مخالف في أصل الحكم ، و من هنا حكي في التذكرة عن ابن المنذر أنه أجمع كل من يحفظ عنه العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه ، على دنانير عند رجل إلى وقت معلوم ففعل كان ذلك جائزاً و في المسالك « أجمع العلماء على جواز رهن مال الغير باذنه على دينه في الجملة ، وسمّوه استعارة » .

نعم في التذكرة « هل يكون سبيل هذا العقد سبيل العارية أو الضمان ؟ الحق عندنا الاوّل » ولعلّه مشعر بالاجماع ، كالمحكي من نسبة ولده ذلك إليه ، و إلى المحققين .

لكن عن المبسوط أنه حكي فيه قولا بأنه على سبيل الضمان المعلّق بالمال ، والمعروف حكاية ذلك عن أصح قولي الشافعي . كالمحكي عن بعض الشافعية من أنه بين الراهن والمرتهن رهن ، و بين المعيرو المستعير عارية ، وبين المعير والمرتهن ضمان ولاريب في ضعف الجميع ، بل في بطلانه حتى على ما وجهّه به في الدروس ، من أن المعير أناب المستعير في الضمان عنه ، ومصرفه في هذا المال ، إذ هو غير مجد في مخالفته للمعهود من الضمان الذي هو الانتقال من ذمة إلى ذمة ، وهو مفقود هنا قطعاً ، وكيف يكون ضماناً ولم يقصده الراهن ، ولا المرتهن ، مع أنه لو صرح المالك و قال للديان الزمت دينك في رقبة هذا المال على وجه لاتكون ذمته مشغولة له لم يكن صحيحاً و بالجملة لاينبغي اتعاب النظر في فساد ذلك .

نعم قد يشكل العارية بأن التوثيق الحاصل بدفع الرهن ليس من منافع العين التي تباح بعقد العارية المساوي لعقد الاجارة في ذلك ، المعلوم امتناعه في مثل القرض و إنما هو انتفاع بسبب تعلق عقد الرهن بها ، لأنها من منافعها التي هي كالسّكنى في الدار والخدمة في العبد ، والرّكوب في الدّابة و نحو ذلك .

على أن تعلق عقد الرهن بها قد يؤدى إلى خروجها عن الملك المنافي للعارية التي هي إباحة المنفعة ، مع بقاء العين ، و إن اعتراها اللزوم كعارية الأرض للدفن و نحوه ، بل ماتسمعه من مشهورهم من الضمان في هذه العارية و إن تلفت بآفة سماوية بعد الرهانة ، بل ولو بجناية العبد نفسه ـ ، مناف لما ذكره من عدم الضمان لها في غير الذهب والفضة إلّا بالتعدي أو التفريط أو الشرط .

و دعوى رجوع ماهنا إلى الثالث واضحة الفساد ، كدعوى خروج ذلك عن مطلق العارية ، بدليل مخصوص ، لعدمه كما ستعرف ، فلايبعد أن يكون ذلك من الأحكام الجائزة شرعاً و إن لم يندرج تحت عقد من العقود المتعارفة ، إذ دعوى عدم خلو الواقع منها يكذبها الوجدان ، فإن كثيرا ممّا هوجائز شرعاً لايدخل كالقبالة و المنحة و نحوهما ، على بعض الأقوال أو الوجوه ، بل حاصل ذلك عدم اعتبار كون الرّهن ملكاً للراهن ، كما أنه لايعتبر في صحة الرهن كون الدين على الراهن ، فيجوز أن يرهن ماله على دين غيره متبرّعاً ، كما ذكرناه سابقاً في الشرائط .

بل هو غير زائد على ما نحن فيه إلاّ بالإذن التي تكون سبباً لإستحقاق الرجوع عليه بها كالوفاء تبرّعاً ، و بالإذن الذي يمكن دعوى عدم انحلال الثاني منه إلى القرض بعد عدم اعتبار الملكية فيما يوفى به ، فيستحق حينئذ الرجوع عليه بالأذن ، و إن كان ما وفى به باقياً على ملك الموفي إلى حين الوفاء ، ولعلّه للإذن في إتلاف المال فيما يعود نفعه إليه ، فإنه يكفي في تسبيب مثله الضمان .

وعلى كل حال فدعوى كون المقام عارية حقيقة في غاية الإشكال ، ولعلّه لا يريده الأصحاب كما يؤمى إليه ما في المسالك من نسبة التسمية إليهم ، و كذا من قال

بالضمان ، فإنه لايريده حقيقة بل المراد قربه منهما بالنسبة إلى بعض الأحكام ، ولاريب حينئذ في أن الحق مع الأصحاب ضرورة أقربية ذلك إليها من الضمان ، والأمر سهل بعد عدم وضوح ثمرة معتدبها على هذا الخلاف .

و إن حكي عن المبسوط و تبعه غيره تفريع اعتبار ذكر جنس الدين و قدره و حلوله و تأجيله و وصفه و صاحبه على تقدير الضمان ، لعدم صحته في المجهول ، بخلاف العارية ، وأنه عليه ليس لمالك العين إجبار الراهن على الفك ، إذ هو كضمان الدين المؤجل الذي لايصح للضامن المطالبة بالتعجيل ، لا بإبراء ذمته ، بخلافها ، فإنها غير لازمة ، و أنه عليه يرجع بمابيع به ، و إن كان أقل من ثمن المثل ، لأنه الذي أداه ، بخلافها فإنه يرجع بقيمة تامة ، وكذا إذا بيع بأكثر منه ، فعلى الضمان يرجع بالجميع ، وعليها يرجع بقدر القيمة .

لكن في الأول : أن الفاضل في ظاهر القواعد و صريح المحكي عن التذكرة والكركي و ابن المتوج مع القول بالعارية قد اعتبروا ذكر جميع ذلك أو بعضه ، وفي المسالك أنه أولى ، فلايجوز بدونه لمافيه من الغرر والضرر ، لكثرة تفاوت الدين و جنسه والمرتهن والأجل ، و إن كان قديقوى الجواز ، وفاقاً للمحكي عن التحرير ، وجامع الشرايع ، وظاهر اطلاق الإرشاد واللمعة ، كالكتاب بل والمبسوط ، والدروس ، و ان فرّعاه على القول بالعارية مع إطلاق الإذن الذي هو كالتعميم في تناول الأفراد مع عدم الانصراف إلى البعض ، و إن تفاوتا في الدلالة قوّة وضعفاً .

ومنه ينقدح حينئذ عدم الفرق بين الضمان والعارية في ذلك ، إذ ليس هو من ضمان المجهول حينئذ . نعم لوفرض تصور اذن في العارية للرهن لاعلى وجه الاطلاق أمكن حينئذ التوقف لرجوع الأمر إلى الإجمال حينئذ لا الإطلاق .

و في الثاني : انّ الأقوى على العارية أيضاً عدم جواز اجباره على الفك قبل الحلول ، لانها لزمت بالعارض ، كالعارية للدفن ، بل ربما ظهر من ثاني الشهيدين أن لزومها إجماعي خلافاً لمحكي المبسوط ، والسرائر ، والتذكرة ، و عارية التحرير ، و جامع الشرايع ، لكون العارية من العقود الجائزة ، و فيه ما عرفت ، ومن هناكان

خيرة ثاني الشهيدين كالمحكي عن التحرير في المقام ، وجامع المقاصد ، عدم جواز المطالبة له ، بل الظاهر ذلك و إن أجابه المرتهن إلى قبول الحق أو تبديل الرهن ، فظهر حينئذ أنه لاتلازم بين القول بالعارية و بين القول بالجواز ، كما يؤمى إليه ماسمعته ممن قال باللزوم من أصحابنا ، مع قوله بالعارية ، إذ القول بالضمان ليس لأحد منّا .

نعم لاإشكال في أن له المطالبة بالفك على كل حال بعدالحلول ، بلاخلاف أجده فيه ، بل قيل :كأنه اجماعي ، ولاينافيه لزوم العارية بالرهن ، إذلا نقول ان له فسخ الرهن ، بل يطالب الراهن بالفك ، فإن حصل وإلافإن باعه المرتهن في الدين رجع هوعلى الراهن كما ستعرف ، وليس له التعرض للمرتهن بوجه ، لعدم السبيل له عليه .

وما قيل : من أنه قد يقال : إذاحلّ الأجل وأمهل المرتهن الراهن أن للمالك أن يقول للمرتهن إما أن تردّ مالي ، أوتطالب الراهن بالدين ليؤديه فيفك الرهن كما أنه إذا ضمن ديناً ومات الأصيل فللضامن أن يقول إما أن تطالب بحقك من التركة ، أوتبرئني لاوجه له معتدّ به لافي المشبّه ولافي المشبّه به .

وفي الثالث والرابع : ما ستعرفه عندالتعرض لحكم ذلك ، فمن الغريب تفريع ذلك وغيره على القولين ، خصوصاً من مثل الشهيد في الدروس ، و على كل حال فإذا أعاره للرهانة فإن عمم له أوأطلق بناء على كونه كالتعميم رهنه كيف شاء ، و إن عين له مقداراً من الدين أوخصوص مرتهن أوأجل مخصوص أونحو ذلك تعين ، فلو خالفه كان فضولياً إلا إذا عين له الاكثر فرهنه ، على الأقل ، للأولوية ، أما إذاعين له الأقلّ فرهنه على الأكثر ففي فضوليته بالنسبة إلى الجميع أوخصوص الزائد وجهان أوقولان ، أقواهما الثاني ، بل ينبغي الجزم به لوكان في عبارة مستقلة بأن قال : هو رهن على المأة وعلى الخمسين مثلاً .

بل عن بعض نسخ جامع المقاصد ، أنه يجب أن يستثنى من هذه المسألة مالو رهنه بالزائد ، وكلّ جزء منه فإنه رهن بالمقدار المأذون فيه على وفق الاذن ،

والزائد موقوف ، ويكون موضع الوجهين ما إذا رهنه على المجموع ، ثم إنه استشكل في الصحة لانا إذا قسطنا الأجزاء على الأجزاء يكون بعضه رهناً بالمأذون ، فيكون خلاف الاذن ، لأن الاذن اقتضى رهن جميعه بالمأذون فيه ، والأولوية ممنوعة بعد احتمال التعيب بالشركة .

وعن نسخة أخرى المتجه أنه إن رهن على الأكثر وعلى كل جزء منه صح في المأذون فيه ، وبطل في الزائد ، وجهاً واحداً ، وإن رهن على الأكثر مقتصراً على ذلك فالمتجه البطلان مطلقا ، وهما معاً كما ترى ، والأقوى ما ذكرناه من النفوذ في المقدار المأذون فيه ، والفضولية في الزائد مطلقاً كما لو أعاره شيئاً معيناً فرهنه مع غيره ، وليس ذلك من قبيل الوكيل على البيع بشيء معين فباعه بالأنقص متفاحشاً فانه فضولي ولا ينفذ البيع فيه بمقدار ما أذن له فيه ، كما هو واضح والله أعلم .

وكيف كان فان رهنه المستعير ﴿ ضمنه بقيمته إن تلف أو تعذر إعادته ﴾ كما صرح به غير واحد ، بل في المسالك جعلوها أي العلماء مضمونة على الراهن ، وإن تلفت بغير تفريط ؛ لكن عن عارية التحرير ؛ لم يكن على أحدهما ضمانه ؛ واحتمله في الدروس قال : « لأنها أمانة عندنا ، إلا أن تقول الاستعارة المعرضة للتلف مضمونة قلت : أو نقول الأصل الضمان ، خصوصاً بناء على ما سمعت سابقاً من عدم كون ذلك عارية في الحقيقة ، كي يعارضه ما دل على عدم ضمان العارية ، بل وعليه بعد الشك في شموله لمثله ، ولو لكلام الأصحاب ، ولأنه بتعلق الرهن به شابه المال المحترم المدفوع وفاء بالاذن من غير ظهور من المالك فعلا ولا قولا بالمجانية .

بل في جامع المقاصد ، ومحكي قواعد الشهيد ، وموضع من التذكرة ، الضمان لو تلف في يد المستعير قبل الرهانة ، بل في الأخير عندنا مشعراً بدعوى الاجماع عليه ، كالمحكي عن ولده من أنه نص الأصحاب على أنها عارية مضمونة ، مضافاً إلى أنه قبضه للاتلاف في دينه ، فهو قبض ضمان ، كالقبض في السوم ، لا أن سبب الضمان الرهن ، ومنه ينقدح حينئذ الضمان لو تلف في يد المستعير بعد الفك ، كما نسب إلى

ظاهر إطلاقهم .

لكن استشكل في الضمان قبل الرهانه في القواعد : بل عن موضع آخر من التذكرة استقرب عدم الضمان ، لأنه أمانة ، وإنما ضمن بالرهن للتعرض للإتلاف ، و سببه الرهن ، والمسبب لايتقدم على السبب ، بل جزم ثاني الشهيدين بعدم الضمان ، و لعل الأول لايخلو من قوة ، خصوصاً مع القول بالضمان في المال المدفوع إلى رجل لقضاء دينه ، وإن فرق بينهما في الدروس ، بأن هذ إقراض متعين للصرف ، بخلاف المستعار، فإنه قد لايصرف في القضاء إلا أنه كماترى ، على أن المراد التشبيه به في الجملة ، وأقرب شبها به المقبوض بالسوم ، بل لعل المدرك فيهما واحد عند التأمل .

وعلى كل حال فلاخلاف اجده في عدم ضمان المرتهن للاصل ومادل على عدم ضمان المرتهن الشامل للمقام ، لكن في القواعد « الاقرب عدم الضمان » و هو مشعر باحتماله ، ولعله لأن يده مترتبة على يد المستعير التي قد عرفت ضمانها ، إلا أنه كما ترى ، وأوضح منه فساداً ما عن ولده من توجيهه ، وإن أطنب فيه ، وحكاه عنه نفسه كما لايخفى على من لاحظه ، والمراد بالقيمة التي يضمنها له قيمة يوم التلف ، لأنه ليس اسوء حالاً من الغاصب .

نعم لوكان التفاوت لنقص في العين ، اتجه ضمان الأعلى لكون الأبعاض مضمونة عليه كالجملة ، وتعذر الرد للغصب ونحوه كالإتلاف كما هو واضح . و عن المبسوط ، والتحرير ، أنه إذا جنى العبد وبيع في الجناية يرجع بقيمته ، وهو كذلك ، إذا تلاف العبد نفسه كالتلف بآفة في الضمان ، لكن قيل إن ذلك منهما محمول على الغالب من البيع بالقيمة ، ولابأس به . نعم الظاهر أن للمالك الزام الراهن بالفك في الخطأ بل والعمد مع رضى المجني عليه بذلك ، ولم يسترقه ولو بالأزيد من قيمته ما لم يصل إلى حد يقبح الإلزام به .

هذا كله في غير البيع بالرهن ، أما هو فإن باعه المرتهن حيث يجوز له ذلك بقيمته رجع بها على المستعير ، وإن كان بأنقص مما يتغابن بمثله رجع بها تامة ، ﴿ ولو بيع بأكثر من ثمن مثله ،كان له المطالبة بما بيع به ﴾ لأن الثمن ملكه ، وقد

أخذ في الدين ، وفي المسالك «أن مافي المتن أجود ممّا في القواعد من التعبير بالرجوع بأكثر الأمرين من القيمة وما بيع به ، لايهامه إمكان بيعه بدون القيمة ، وهو ممتنع لعدم تصور بيعه على وجه يصح بنقصان من قيمته ؛ بخلاف الزيادة ، لإمكان اتفاق راغب فيها تزيد عن ثمن المثل ، بحيث لولا ظهوره لما وجب تحرّيه ، لكونه على خلاف العادة المعروفة في ثمن مثله .

وربما فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحّة البيع بسبب قلّة الراغب في الشراء مع كون قيمة المال في ذلك الوقت والمكان عند ذوى الرغبة أزيد مما بذل فيه ، ويشكل بأن المعتبر في القيمة ما يبذل في ذلك الوقت ، لاما يمكن بذله فإن كان الذي باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سواه ، وإلا لم يصح البيع » .

قلت : يمكن فرضه بما عرفت من البيع بما يتغابن بمثله ،كما أومى إليه في الدروس قال : « ليس للمرتهن بيعه بدون إذن ، إلاّ أن يكون وكيلاً شرعياً أووصياً على القولين ، فلو امتنع الراهن من الاذن أذن الحاكم ، ويجب على الراهن بذل المال ، فان تعذروباعه ضمن أكثر الأمرين من قيمته ، ولوبيع بأقل من قيمته بما لا يتغابن به ، بطل ، وإن كان يتغابن به كالخمسة في المأة صح ، وضمن الراهن النقيصة على قول العارية ، وعلى الضمان لايرجع ، لأن الضامن يرجع بما غرمه » .

وهو صريح فيما قلناه من ضمان الراهن نقيصة التغابن ، وإن صحّ البيع ، لكن قد يوهم أوّل كلامه اكتفاء المرتهن في صحّة البيع باذن الراهن الذي هو المستعير ، والظاهر اعتبار إذن المالك معه ، وإن كان لايجوز له الامتناع ، ولو امتنع قام الحاكم مقامه كالراهن المالك ، ومن هنا لم يقدح إذنه في البيع في جواز رجوعه بمقدار التغابن ، لأن إذنه باعتبار لزومها عليه ،كعدم الاذن كما هو واضح .

ولو اقتصر المرتهن على إذنه في البيع والوفاء لم يكن له الرجوع على الراهن لأنه كالمتبرع بقضاء الدين حينئذ ،كما أنه لايصحّ البيع لو اقتصر على إذن المستعير لعدم كونه مالكا ، والاذن بالرهانة أعم من الاذن في البيع فتأمّل جيّداً .

وكيف كان فالمعروف بين الأصحاب عدم دخول زوائد الرهن الموجودة حال العقد التي لاتدخل في اسمه الذي هومورد عقد الرهن لغةولاعرفاً ولاشرعاً ، ولاتتبعه في العقد عليه في أحدهما ، بل في التنقيح الإجماع عليه ،كما عن الانتصار ذلك أيضاً لكن في خصوص الحمل، وهوالحجة بعد الأصل ، خلافاً للمحكي عن الإسكافي « فتدخل » وهو واضح الضعف ، بل في التنقيح إنعقد الاجماع بعده على خلافه نعم ربما قيل بدخول نحو الصوف والوبر والشعر على ظهر الحيوان و نحوذلك مما هوجزؤه بل عن التذكرة أنه استقر به ، وتردد فيه ، وفي دخول الأس تحت الجدار ، والمغرس تحت الشجرة ، واللبن ، و الضرع ، والأغصان في الشجر ، في القواعد .

والظاهر دخول الصوف وشبهه إذالم يكن مستجزاً بل لعلّه ليس من محل البحث والتردد إذا كان جزءاًمما جعل عنواناً للرهن ، إنما الكلام في المستجز مع كون العنوان الحيوان ، وقد سمعت ما عن التذكرة من الدخول ، نحوما عن التحرير وجامع المقاصد ، لكونه جزءً حقيقة من الحيوان ، وإنّما يخرج عن الجزئية بعد الإنفصال وهو قوي ، أللهم إلّا أن يدعى تعارف خروجه في عقد الرهن ونحوه .

وأمّا الأس فإن أريد به بعض الجدار المستور الذي هوأصل البناء ، فقديقوى دخوله ، لأنه بعض مسمّى اللفظ وكونه مستورا غير قادح ، و إن أريد به موضع الأساس كما عساه يؤمي إليه ذكر المغرس بعده ، فالأقوى عدم دخوله ؛كما عن التذكرة وغاية المرام ، لعدم تناول اللفظ له ؛ و دعوى دلالته عليه بالالتزام على وجه يدخل في الرهانة ممنوعة .

ومنه يعلم الحال في المغرس ؛ و استحقاق المرتهن إبقاءه على الراهن ؛ لتوقّف التوثق عليه ؛ أواسم الجدار مثلاً ــ لايقضي بالرهانة ؛ ومنه يعلم عدم دخول الجدران في رهنية السقف ، وإن كان لايمكن بقاؤه بدونها فتأمّل جيّداً .

وأمّا اللبن فقد يقوى عدم دخوله خلافاً للمحكي عن حواشي الشهيد ؛ لعدم دخوله في مسمى اللفظ ؛ وظهور انصراف الرهانة إلى غيره ، ودعوى أنه كالجزء و من جملة رطوبات البدن واضحة المنع ، بل لوقيل : بدخوله في البيع والهبة و نحوهما

أمكن الفرق بينهما ، وبين الرهن في ذلك عرفاً ، فلاوجه لبناء المسألة هنا على ذلك ولا إشكال في دخول الأغصان الرطبة ونحوها ممّا لم تجر العادة بقطعها ، بل عن الإيضاح أنه لاخلاف فيه ، بل قد يقوى دخول اليابسةوماجرت العادة بقطعه ، لانّها بعض المسمّى ، إلاّ أن يتعارف الخروج في الرهن .

والضّابط خروج كل ما لايدخل تحت مسمّى اللفظ إلاّ أن يتعارف دخوله ، ودخول كلما هو بعض مسماه ، إلاّ أن يتعارف خروجه ، وحظّ الفقيه من ذلك الإجمال مع أنه قد تقدم في بحث ما يندرج في المبيع ما يستفاد منه تمام التفصيل في ذلك ، فراجع ملاحظاً للفرق بين الرهانة والبيع في بعض الجزئيّات .

﴿و﴾ قد ظهر حينئذ من ذلك كلّه أنه ﴿ إذا رهن النخل لم تدخل الثمرة ، وإن لم تؤبّر ﴾ لعدم تناول اللفظ لها ، والدخول في البيع ، لدليل مخصوص لايقتضي به هنا ، بعد حرمة القياس عندنا ، فلافرق حينئذ بين ثمرة النخل و غيره ، و خصّه هنا تنبيهاً على خلاف بعض العامة ﴿ وكذا لورهن الأرض لم يدخل الزرع ولا الشجر ولاالنخل ﴾ لعدم تناول اللفظ ﴿ ولوقال : بحقوقها ﴾ ضرورة عدم كونها من حقوقها ، خلافاً للمحكي عن الشيخ فتدخل حينئذ ، ولاريب في ضعفه .

فمن الغريب قول المصنف هنا أنه لوقال ذلك ﴿ دخل ﴾ كل منها ﴿ و فيه تردّد ، مالم يصرّح ﴾ بل لم أجد أحداً غيره تردّد فيه . نعم لوقال وماشتملت عليه ونحو ذلك مما هو صريح في الدخول أوظاهر كان متجهاً ، وقد تقدم الكلام في نحو ذلك في البيع ﴿ وكذا ﴾ لايدخل ﴿ ماينبت في الأرض بعد رهنها سواء أنبته الله سبحانه أوالراهن أوالاجنبي إذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون ﴾ بلاخلاف أجده فيه ، بين من تعرض له ، لعدم كونه من نماء الأرض حتى يأتي فيه ما تقدم ، إلّا أنه لايخلو من إشكال في بعض أفراده ، كالحشيش و نحوه مما يظهر منهم في غير المقام الحكم منهم بملكيته لصاحب الأرض لأنه نماء أرضه .

نعم هو كذلك في بعض أفراده مما لايعدّ نماء لها ، وإنما هي من معدات وجوده ودعوى أن جميع ما ينبت فيها كذلك لاتخلو عن نظر ، و تحقيق البحث في ذلك في

مقام آخر ، وأما إذا كان الغرس من الشجر المرهون مثلاً فهو باق على الرهنية ، لا أنه يدخل في الأرض من حيث أنه نماء .

وهل يتوقف غرسه حينئذ على إذن المرتهن ؟ احتمله في المسالك ، لأنه تصرف في الرهن وانتفاع به ، وقد يقوى العدم ، لأنه مصلحة له و زيادة في قيمته ، كالسقي والدواء ونحوهما ، نعم لو أضر بالأرض فلاريب في توقفه على إذنه ، و كذا لو كان الغرس من غير المرهون ، وأطلق في الدروس المنع من الزرع و إن لم تنقص به الأرض حسما للمادة ، وهو لايخلو من اشكال ، خصوصاً إذا كان في الزرع مع ذلك مصلحة للأشجار والنخل ، بل ربما يتضرر الراهن بالترك فتأمل جيداً .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ هل يجبر الراهن على إزالته ؟ ﴾ أي ما نبت في الأرض بفعله أو بفعل الله أو بفعل أجنبي ﴿ قيل : ﴾ كما عن المبسوط و التذكرة ﴿لا﴾ يجبر على الازالة ﴿ و قيل ﴾ كما في القواعد ، ومحكي المختلف والايضاح وغاية المرام ، وجامع المقاصد ، ﴿ نعم ﴾ يجبر على إزالته ﴿ و هو الأشبه ﴾ عند المصنف ، لأن الابقاء ولو كان الاصل من غيره تصرف منهي عنه ، فهو كالمتاع الموضوع في دار الغير ، وفيه منع عد مثل ذلك تصرفا .

ومن هنا مال في المسالك إلى التفصيل بين ما كان من فعله فالاقوى إزالته وبين ما كان من فعل غيره فلايجب ، قال « : وقد يفرق بينه وبين المتاع بأن وضع المتاع منه فهو سبب في بقائه بخلاف ما أنبته الله » .

وفيه أنه يمكن أن يريد الأول وضع المتاع من غيره ، فكان اللائق في رده التزام عدم وجوب الازالة فيه أيضاً ، أو ابداء الفرق . كما أن كلمات الاصحاب لاتخلو من إجمال في المقام ، حيث لم يفرقوا بين ما كان للنابت أمد ينتظر كالزرع وعدمه ، خصوصاً إذا كان أمده قبل حلول الدين ، ولا في الاجبار على الازالة قبل حلول الدين وبعده ، مع أن المحكي عن الايضاح ، وغاية المرام ، ايجاب إزالة الزرع عند انتهاء المدة عادة .

وفي الدروس « ليس له إلزامه بالإزالة قبل حلول الدين لعدم تعدّيه ، فإن احتيج إلى البيع قلعه » فإن بيعا ففي توزيع الثمن ما تقدم في بيع الأمة و ولدها ، ولم يفرقوا أيضاً في الإزالة بين ماكان فيه ضرر على الراهن وعدمه ، و جميع ذلك محلّ للنظر . ومن هنا أمكن أن يقال إن الانبات إذا كان من فعل الله لم يجبر على القلع في الحال ، لامكان أن يؤدي الدين من محل آخر ، وهذا البقاء له لامنه ، فاذا دعت الحاجة إلى البيع فإن قام ثمن الأرض لو بيعت وحدها بالدين لم يستحق القلع ، بل وكذا لو لم يقم ، إلّا أنّه لم تنقص قيمة الأرض بما نبت فيها ، ولم يحصل ضرر على الراهن بذلك .

نعم إن نقصت ولم تف بالدين فقد يتجه حينئذ القلع للمرتهن ، إلّا إذا أذن الراهن بالبيع مع الارض والفرض عدم النقص بذلك عليه أيضاً ، فيباعان ويوزع الثمن عليهما كما أومى إليه في الدروس ، بل ربما قيل إنه إذا كان محجوراً عليه بالفلس تعيّن البيع مع الارض ولم يجز القلع ، لتعلق حق الغرماء ، ويوزع الثمن عليهم : فإن نقصت قيمة الارض بسبب الاشجار حسب النقصان على الغرماء ، لأنّ حق المرتهن في الارض فارغة ، و إنّما منع من القلع رعاية لجانبهم ، بل ينقدح من ذلك الاشكال في القلع في بعض الاحوال ، و إن كان الإنبات من فعل الراهن كما إذا لم يكن ضرر على المرتهن بوجه من الوجوه ، وخصوصاً إذا أراد القلع قبل حلول الحق ، إذ دعوى أنّه ظالم ولاحقّ لعرقه في نحو ذلك لايخلو من إشكال وعن التذكرة أنّه أطلق عدم الاجبار على القلع قبل حلول الحقّ ، لإمكان قضاء الدين من الغير ، فمن اللازم التأمل في شقوق المسألة في المقام والله أعلم .

﴿ ولو رهن لقطة ممّا يلقط كالخيار ، فإن كان الحق يحل قبل تجدد الثانية صحّ ﴾ بلاخلاف ولا إشكال ، لوجود المقتضي و ارتفاع المانع ﴿ و إن كان متأخراً تأخراً يلزم منه اختلاط الرّهن بحيث لايتميز قيل ﴾ كما عن المبسوط و موضع من التذكرة ﴿ يبطل ﴾ لتعذر الاستيفاء بسبب عدم التميز ، ولعدم صحّة البيع عند الأجل للجهل .

﴿والوجه أنّه لايبطل﴾ وفاقاً للفاضل في غيرها، وولده والشهيدين، والمحقق الثاني، وغيرهم على ما حكي عن بعضهم، لإمكان الاستيفاء مع المضايقة من الراهن بالقسمة معه، ولو بالصلح قهراً.

ومنه يعلم اندفاع الثاني، على أنك قد عرفت سابقا عدم اعتبار امكان خصوص البيع في الرهن، بل يكفي الصّلح، لأنّ كلامنهما طريق لاستيفاء الدين، مضافا إلى اعتبار إحراز الشرائط في الرهن حال الرهانة، والامور العارضة لاتقدح بعدفرض وجود طريق للتخلّص، ولو اشترط القطع عند تجدد الثانية فالظاهر الصّحة، كما عن المبسوط التصريح بها. هذا إذا وقع المزج بعد القبض، أمّا لووقع قبله، فعن الدروس أنّ الأقرب الفسخ والبطلان، وهو كذلك، بناء على اعتبار القبض في الصحة وفرض تعذّره، ﴿وكذا البحث في رهن الخرطة ممّا يخرط والجزّة ممّا يجز﴾ والله أعلم.

﴿وإذا جنى﴾ العبد ﴿المرهون عمداً تعلقت الجناية برقبته﴾ بلاخلاف ولا إشكال ﴿وكان حق المجني عليه أولى به﴾ من حق المرتهن المتعلق بالذمة مع العين، بخلاف حق الجناية المقدم على حق المالك الذي هو أولى من المرتهن، بل لم يتوقف استيفاؤه على استيذان المالك في جناية العمد، بخلاف حق الارتهان فله حينئذ أن يقتص فتبطل الرهانة إن كان في النفس، وإلا اقتص وبقي الباقي رهنا، وله أن يسترقه أو يبيعه مع استيعاب الجناية، وإلاّ فمقدارها، بل ليس له إلا أحدهما إذا كانت الجناية العمدية ممّا توجب أرشاً لاقصاصاً.

﴿وإن﴾ كان قد ﴿جنى خطأً فان افتكّه المولى﴾ أوغيره ﴿بقي رهنا﴾ لأصالة الرهانة ﴿وإن سلّمه﴾ ولم يتبرع متبرع في فكه حتى المرتهن ﴿كان للمجني عليه منه بقدر أرش الجناية، والباقي رهن، وإن استوعبت الجناية قيمته، كان المجني عليه أولى به من المرتهن﴾ لماعرفت فيسترقه أو يبيعه، وتبطل الرهانة، ولواتفق حصول راغب فيه فزاد ثمنه عن الجناية كان الباقي منه رهنا.

والظاهر أن له الزام المجني عليه بالبيع، مع بذل الزيادة، لتكون رهناً ولو

كان الواجب دون قيمة العبد ، ولكن تعذر بيع البعض أو انتقصت القيمة به بيع الجميع والفاضل من الثمن عن الجناية يكون رهنا ، كما لو اضطر الى بيع الرهن ، ولافرق في ذلك كله بين كون الجناية من العبد ابتداء ، أو بأمر السيد ، و إن كان مكرها له عندنا ، لعدم التقية في الدماء ، إلا أنّه يحبس المكره حتى يموت .

نعم لو كان العبد غير مميز أو أعجمياً يعتقد وجوب طاعة السّيد في جميع أوامره ، فعن التذكرة وقصاص المبسوط وغيرهما أن الجاني هو السيد ، وعليه القصاص أو الضمان ، بل في الاول لايتعلق برقبة العبد شيء ، فيبقى رهنا ، و إن كان السيد معسرا ، خلافا للعجلي وخلاف الشيخ ، فأسقطا القود عن الآمر أيضاً ، إذا كان المأمور صغيرا لعدم قتله ، ويأتي إنشاءالله تعالى تحقيق ذلك في محله .

﴿ولو جنى على مولاه عمداً﴾ فان كانت طرفا ﴿ اقتص منه ﴾ لعموم الأدلة و أولوية السيد من الأجنبي في ذلك ، لعظم حقه على العبد ، ولاينافيه عدم القطع بالسرقة ، إذ لعلّه لأنه مشروط بسرقة مالاشبهة فيه ، والعبد له شبهة في مال سيده ، وهو غير محرز عنه في العادة ﴿ و ﴾ على كل حال ف ـ ﴿ لايخرج عن الرهانة ﴾ بذلك للأصل ، ﴿ ولو كانت الجناية نفساجاز ﴾ للوارث ﴿قتله﴾ ـ وله العفوفيبقى رهنا ، وليس له العفو على مال كالمورث فيبقى رهنا ، ﴿ أما لو كانت خطأ ﴾ أو عمدا يوجب مالا ﴿ لم يكن لمولاه عليه شيء وبقي رهنا ﴾ لعدم استحقاقه على ماله مالا بلاخلاف أجده في شيء من ذلك بل ولاإشكال .

﴿ ولو كانت الجناية على من يرثه المالك ثبت للمالك ﴾ مع موت المجنى عليه ﴿ ما ثبت للموروث من القصاص ﴾ قطعاً في نفس أوطرف ﴿ او انتزاعه ﴾ من الرهانة ﴿في الخطأ ﴾ أو العمد ﴿ إن استوعبت الجناية قيمته ، أو إطلاق ماقابل الجناية إن لم تستوعب﴾ ويبقى الباقي رهنا بلاخلاف أجده بين من تعرض له ، وكان الفرق بينه وبين الجناية على المولى ـ مع أن الحق للمولى في الموضعين ـ أن الواجب في الجناية على المولى له ابتداء ، ويمتنع أن يجب له على ماله مال كما تقدم ، أما الجناية على موروثه فالحق فيها ابتداء للمجنى عليه ، وإنّما ينتقل الحق الى الوارث

من الموروث وإن كانت دية ، لأنها محسوبة من تركته ، يوفى منها دينه ، وتنفذ وصاياه و كما لا يمتنع ثبوت مال لمورث المولى على عبده ، لا يمتنع انتقاله عنه إليه ، فيفكه عن الرهن لذلك .

فما عن بعض الشافعية ـ من الحكم بسقوط المال بانتقاله إلى سيده ، ويبقى رهناقياساً على مالو كان المال للسيد ابتداء ـ ضعيف ، لما عرفت من أن الانتقال للسيد من الموروث ، لأن الدية تنتقل إلى الميت في آخر جزء من أجزاء حياته ولو في جناية العمد في قول ، و على الأصح فيه ينتقل معوضها الذي هو القصاص ، ولذا حسبت مطلقا من تركته ، ففي الحقيقة ملك السيد للعبد بذلك جديد ، غير الملك الأول الذي كان به رهنا ، و قد تقدم سابقا بعض الكلام على هذه المسائل فلاحظ وتأمل .

ولو جنى على عبد مولاه فكالجناية على مولاه في العمد والخطأ ، إذا لم يكن المجني عليه مرهونا عند غير مرتهن الجاني ، والا جاز له العفو على مال في العمد ، و هو رقبة العبد وتعين عليه ذلك في الخطاء و فيما لاقصاص له من العمد ، ولا يقدح في ذلك قاعدة عدم استحقاقه على ماله مالا بعد أن كان المسلم منها غير الفرض الذى للغير تعلق به .

بل قد يقال : إن الاستحقاق فيه في الحقيقة لمرتهن المقتول وان كان هو يقدم عليه لو أراد القصاص ، أما مع عدم ارادته فيستحق على العبد القاتل دية المقتول ـ لتكون رهنا ، وليس إلا نفسه فينتزع وتكون رهنا قهرا ، نحو قيمة الرهن المتلف، أو يباع بها وتجعل هي رهنا ، وليس ذلك بأعظم من جناية المولى نفسه على المرهون فإنه يضمن قيمته للمرتهن رهنا ، و إن كانت الجناية على ماله .

بل قد يقال بتعين العفو له على مال في الأول أيضا ، و إن قلنا أن جناية العمد توجب القصاص لأحد الأمرين ، إذ الظاهر اختصاص ذلك بالحر دون العبد الذي صرح غير واحد من الاصحاب بأنه إذا قتل الحر [1] عبداً كان الولي مخيرا

(١) هكذا في النسخ . والظاهر ـ اذا قتل العبد حراً .

بين القصاص والاسترقاق ، بل قيل: إنه كذلك قولا واحدا ، بل الظاهر الحاق جناية الاطراف بالنفس ، و من هنا يظهر لك أنه لاينبغى بناء جواز العفوله على غير مال ، على القولين المزبورين ، فيصح على الأول ، لأن اختيار المال ضرب من الاكتساب، ولايجبر الراهن على ذلك لحق المرتهن ، بل لوعفي مطلقا لم يثبت المال حينئذ ، ولايصح على الثاني ، لأن عفوه حينئذكعفو المحجور عليه لفلس لاينفذ الافيما لاتعلق فيه للمال ، إذ قد عرفت ان ذلك في الحر .

ثم إن كان الواجب فيالجناية أكثر من قيمة القاتل أو مثلها ، فعن الشيخ أنه يباع لأنه ربما رغب فيه راغب ، فيفضل من قيمته شيء يكون رهنا عند مرتهنه . و عن بعض العامة و محتمل التحرير ، أنه ينقل عينه إلى مرتهن المجنى عليه ، لعدم الفائدة في بيعه ، و ربما رجح الأول بأن الحق في مالية العبد لاعينه التي لم يجبر الراهن عليها ، وإنما تعلّق بهاحق مرتهن المقتول بسبب الجناية ، وإن كان الواجب الأقل فبالنسبة ، نقلا أوبيعا على الوجهين أيضاً .

قلت : إن اتفق الثلاثة على نقل العين أوالبيع فلابحث ، و قد يحتمل صيرورة الزائد رهنا فيالأول لوتجددت زيادة قيمته ، والاقوى خلافه مع بطلان رهانتهحال النقل ، إذ لادليل على عودها في المتجدد ، وإن اتفق الراهن و مرتهن المقتول على أحد الامرين ، لم يكن لراهن القاتل منعهما منه ، سواء كان بيعا أو نقلا ، إلا إذا وجد الراغب الباذل للزيادة على قيمة المقتول ، فله حينئذ الالزام بالبيع ، أو ابقاء ماقابلها منه رهناعنده ، ولواتفق المرتهنان علىأحدالامرين ،كان للراهنمخالفتهما لأن حق الجناية له .

واحتمال أن لمرتهن القتيل الالزام بالبيع ـ ، لأن الدية المستحقة نقداً و الالزامبالنقد ، لأنالاستحقاق حينئذله ، وإلافالمولى لايستحق علىمملوكه - ضعيف لأن استحقاقه تبع لاستحقاق المولى لوكان غير مالك ، فالمتجه حينئذ كون التخيير بيد المولى في البيع أو النقل ، بناء على ثبوت ذلك للمولى غير المالك ، و ثبوتحق الرهانة فيرقبة الجاني قهراً ـ لعموم مادلّ على أن جناية العبد في رقبته ، الشامل

لمثل حق الرهانة ـ ، لاينافي ضرورة كون ثبوته مراعى بحق المولى المفروض تخيره بين القصاص ، والنقل للعين والبيع ، بل الظاهر أن المراد بالبيع الكناية عن قيمة العبد لاخصوص البيع ، وحينئذ فللمولى دفع القيمة لمرتهن المجني عليه ، و فك الجاني من الرهانة ، بعد عدم اختياره القصاص أو النقل للرهانة ، والأمر في ذلك كله سهل .

انما الكلام فيما هو ظاهر من تعرّض لهذا الفرع من الأصحاب من بطلان رهانة القاتل ، مع أنه لاداعي إليه ، اذ يمكن القول باجتماع الرهانتين ، و إن قدم في الاستيفاء مرتهن المقتول ، لمكان حق الجناية ، وتظهر الثمرة فيما لوفك منه وفي غيره ، اللّهمّ إلا أن يقال: إنه لما كان القاعدة عدم استحقاق المولى على عبده مالا ، إلا أنه هنا لمكان تعلق حق الارتهان في المقتول كان للمولى حينئذ حكم الأجنبي الذي له الاسترقاق والبيع ، وإبطال حق المرتهن ، فلماتعذر الاسترقاق حقيقة بالنسبة إليه لأنه تحصيل الحاصل اعطى لازمه ، وهو الانتزاع وابطال الرهانة ، ولكن للبحث فيه مجال ، والمسألة غير محررة في كلام الاصحاب .

وأما إذا كان المقتول رهنا عندمرتهن القاتل ، فإن كان على حق واحد فالجناية هدر ، وإن تعدد قيل : وكذا إن تعدد وتساويا جنسا وقدرا وتساوت القيمتان ، إلاّ أن يكون دين المقتول أصح وأثبت من دين القاتل ، كأن يكون مستقرا ودين القاتل عوض شيء يردّ بعيب أو صداق قبل الدخول ، فله حينئذ النقل أو البيع على أحد الوجهين السابقين للرهانة عليه ، وكذا إن تعدد الدينان واختلفا بالحلول والتأجيل أو في طول الأجل وقصره .

أما إذا اتفقا فيه فإما أن يتفقا جنساً وقدراً ، أو يختلفا ، فإن اتفقا واختلف العبدان في القيمة ، وكانت قيمة المقتول أكثر ، فالجناية هدر ، لانتفاء الفائدة كما لو تساويا ، وإن كانت قيمة القاتل أكثر منه نقل قدر قيمة القتيل إلى دين القتيل ، وبقي الباقي رهنا بما كان .

وإن اختلف الدينان قدراً لاجنساً ، فإن تساوت قيمة العبدين أوكان القتيل

أكثر قيمة ، فإن كان المرهون بأكثر الدينين القتيل فله التوثق بالقاتل ، لأن التوثق لأكثر الدينين في نفسه فائدة مطلوبة، بخلاف ما لو كان القتيل مرهوناً بأقله فلا فائدة في النقل حينئذ .

وإن كان القتيل أقل قيمة كان مرهوناً بأقل الدينين فلا فائدة في النقل ، وإن كان مرهوناً بأكثر نقل من القاتل قدر قيمة القتيل إلى الدين الآخر ويبقى الباقي رهناً ، و إن اختلف الدينان في الجنس ، فهو كالاختلاف في القدر أو في الحلول والتأجيل ، هذا حاصل ما ذكروه ، و مرجعه إلى حصول الفائدة للمرتهن في نقل الرهانة ، وعدمها إلا ان ما قدمناه سابقا من البحث آت في المقام ، بل لعله أولى من السابق .

بل قد يشكل أيضاً بأنه لا مدخلية للفائدة وعدمها في النقل القهري للرهانة ، باعتبار اقتضاء الجناية ذلك وله ثمرات ، فإنه بناء على ذلك لو اتفق وفاء دين الجاني بإبراء ونحوه لم يقدح في بقائه رهنا على دين المجني عليه ، وإن كان مساويا له في القدر والجنس والحلول مع تساوي قيمتي العبدين ، بخلافه على تقدير عدم النقل فإنه تمضي الرهانة إلى غير ذلك مما يظهر لك بأدنى تأمل بعد الإحاطة بما ذكرناه من كون الانتقال إلى الرهانة قهريا بسبب الجناية .

ثم إن الكلام في نقل العين أو القيمة يأتي مثله هنا أيضاً ، لكن عن التحرير أنه جزم في هذه المواضع بالبيع ، وجعل الثمن رهنا ، ولعله يريد أن له ذلك لا تعيينه بل ربما قطع بكون المراد ذلك ، كما أن ما في القواعد في أصل المسألة يمكن إرادته ما ذكرنا ، وإن أطلق هو ، قال « ولو جنى على عبد مولاه ، فكمولاه ــ أي فكالجناية على مولاه ــ إلا أن يكون رهنا من غير المرتهن ، فله قتله ويبطل حق المرتهنين ، والعفو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر ، ولو عفى بغير مال فكعفو المحجور عليه ، ولو أوجبت أرشا فللثاني ، ولو اتحد المرتهن وتغاير الدين فله بيعه ، وجعل ثمنه رهنا بالدين الاخر » .

بناء على أن المراد من المغايرة مجرد عدم كون الدين واحداً ، بل وكذا عبارة الدروس في الاكتفاء بمطلق التغاير ، قال : « ولو اختلف الدينان جاز نقل ما قابل

الجناية بدلا من المجني عليه لمرتهنه » بناء على أن المراد بالاختلاف نحو ذلك ، وقد نقلناها سابقا وجملة من فروع المقام عند البحث في رهانة الجاني والامر سهل والله أعلم .

﴿ ولو أتلف الرهن متلف ﴾ كلا أو بعضا ﴿ الزم بقيمته ﴾ ولو الأرش. ﴿ وتكون رهنا ﴾ بلاخلاف أجده فيه ، بل ولا إشكال ، لأن حق الرهانة متعلق بالعين وقد جعل لها الشارع بالتلف بدلا ، فيتعلق به كما هو مقتضى البدلية ، ولأن معنى الرهن الاستيثاق بالعين ، ليستوفي الدين من قيمته ، وإن كان العقد إنما جرى على العين ، فوسوسة بعض الناس في هذا الحكم في غير محلها ، بل الحكم ذلك ﴿ ولو ﴾ كان الذي ﴿ أتلفه المرتهن ﴾ لعدم دلالة إتلافه على اسقاط حق رهانته ، كما أن عدم ضمان المالك لماله لا يسقط حق المرتهن ، لو كان المتلف المالك كما هو واضح .

﴿ لكن لو كان ﴾ المرتهن ﴿ وكيلا في الاصل ﴾ على بيع أو غيره ﴿ لم يكن وكيلا في القيمة ، لأن العقد لم يتناولها ﴾ ولم يكن حق الوكالة من الامور المتعلقة بالعين على حسب الرهانة ، ولعل الاستيداع كذلك ، كما صرّح به في المسالك ، فلم يفرق بين الوكالة على البيع أو على الحفظ في البطلان مع التلف ، لكن في التذكرة وغيرها أن للعدل حفظ القيمة ، لأنها بدل الرهن ، وله امساك الرهن وحفظه ، والقيمة قائمة مقامه ، وليس له البيع لبطلان وكالته فيه ، وفيهما عرفت من ان الوكالة منوطة بما عينه المالك الذي يختلف أغراضه في الاستيمان على الأموال ، وبيعها باختلاف الاشخاص ، فقد يستأمن على عين ، ولا يستأمن على قيمتها ، وكذا البيع ، فالفرق بينهما لا يخلو من نظر ، فتامل جيدا والله أعلم .

﴿ ولو رهن عصيرا ﴾ جاز بلاخلاف ، بل عن المبسوط الاجماع عليه ، لأنه عين مملوكة يجوز بيعها إجماعا بقسميه ، واحتمال صيرورته خمرا قبل حلول الحق غير قادح كرهن المريض . نعم لو علم ذلك اتّجه المنع مالم يعلم انقلابه خلا ، والا جاز أيضاً ، بل قد يقال بجوازه بدونه ، على نحو ما سمعته في رهن ما يسرع اليه الفساد قبل

الحلول ، فلاحظ وتأمل .

وعلى كل حال ﴿ فـ ﴾ إن ﴿ صار خمراً ﴾ في يد المرتهن ﴿ بطل الرهن ﴾ عندنا ، للخروج عن الملكية التي هي شرط صحته ، خلافاً لأبي حنيفة فلم يبطل الملك ولا الرهانة ، قياساً على العبد المرتد ، وهو باطل عندنا ، مع أن الفرق بينهما بمعلومية عدم ملك المسلم الخمر ، وعدم جواز التصرف له فيه دون المرتد واضح ، ﴿ فـ ﴾ لا ريب في أن التحقيق ما قلنا .

نعم ﴿ لو عاد خلاً عاد إلى ملك الراهن ﴾ بلاخلاف أجده بيننا ، إلاّ ما تسمعه من المحكي عن أبي الصلاح وهو شاذ ، لرجحانه على غيره بالملك السابق ، واليد المستمرة ، اذ يد المرتهن من آثار يد المالك ، وللسيرة وللاجماع ، بل الضرورة على ملك الخل وجواز اتخاذه ، مع أن العصير لا ينقلب إلى الحموضة إلا بتوسط الشدة ، على ما صرّح به في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ، فلو لم يعد بالخلية إلى الملك لم يملك الخلّ من اتخذه حينئذ ، مضافاً إلى الشك في اندراج الفرض في المباح الذي يملكه من استولى عليه ، فلابد من دخوله في ملك أحد حال تخلّله ، ولا ريب في رجحان المالك السابق على غيره ، وإلى غير ذلك ممّا يظهر من التامل فيما ذكرناه ، فإذا عاد إلى ملك الراهن عادت الرهانة حينئذ معه ، بلاخلاف أجده لأن العائد الملك السابق الذي كانت الرهانة متعلقة به ، لا أنه ملكه بسبب جديد .

و في التذكرة « معنى قولنا يبطل الرهن ، لانريد به ارتفاع أثره بالكلية ، وإلا لم يعد الرهن بل المراد ارتفاع حكمه مادامت الخمرية ثابتة »وتبعه في جامع المقاصد و المسالك ، و المراد أن العلاقة باقية ، لمكان الاولوية ؛ ففي الحقيقة الرهن و الملك موجودان بالقوة القريبة ، لأن تخلله متوقع ، وإنما الزايل كونه رهنا وملكا بالفعل لوجود الخمرية المنافية لذلك ، فيكون البطلان مراعى ببقائه كذلك ، أوبتلفه لاعلى جهة الكشف كما عن بعض الشافعية ، فيبين عدم البطلان بالعود خلا والأظهر بطلانه بل على إرادة عود حكم الرهانة الاولى ابتداء من دون استيناف عقد رهانة جديداً ،

كما عن بعض آخر من الشافعية .

ولا استبعاد في مشروعية ذلك بعد وقوع النظير له في الشريعة ، كاسلام زوجة الكافر التي تخرج به عن حكم العقد إذا أسلم قبل انقضاء العدة ، وكذا إذا ارتدّ أحد الزوجين ، بل من نظيره ما اذا اشترى المرتهن عينا من الراهن بدينه فتلفت قبل القبض ، أو تقايلا بعده ، بناء على عود الرهانة بانفساخ البيع ، وحاصله أن عقد الرهانة لم يبطل بالخمرية حتى يقال : أنه لابد من استينافه ، بل الخمرية صارت مانعة من جريان حكم العقد ، فمتى زالت عمل العقد عمله ، و دعوى أن استدامة الملك شرط في صحة العقد ، يمكن منعها خصوصا مع ملاحظة كلام الاصحاب في المقام ، بل أقصى مايسلم كونها شرطا في استمرار حكم العقد ، وحينئذ فمادلّ على عدم ملك الخمر لايقتضي فساد الرهانة فتامل جيدا .

وقد ظهر من ذلك كله أن ما عن أبي الصلاح - من أنه إن صار خمراً بطلت وثيقة الرهن و وجب إراقته - ضعيف إن أراد بذلك عدم العود إن عادت ، بل و إن أرادعدم جواز إبقائها للتخليل ، إذالظاهر عدم الخلاف عندنا في جوازه ، وهي المسمّاة بالخمرة المحترمة ، كما ستسمع .

ثم إن كان الرهن مشروطا ببيع لم يكن للمرتهن الخيار في الفسخ ، و ان لم يتعقب التخليل ، للوفاء بالشرط ، و كذا إذا لم يقبضه ، بناء على عدم اعتبار القبض في صحة الرهن ، وإن قلنا باعتباره في اللزوم ، و أما على القول بالاعتبار في الصحةولم يقبضه حتى صار خمراً فالظاهر البطلان ، لعدم الشرط قبل تمام الرهانة بلاخلاف أجده بين من قال بشرطية القبض ، كما اعترف به في جامع المقاصد ، وإن كان قد ناقش هو في ذلك بأنه لامانع من الصحة مع تخلل الخمرية بين العقد والقبض الذي هو أحد أجزاء السبب ، إذ دعوى - كون الشرط قابلية المورد للرهانة من أول العقد إلى حين تمام السبب - لادليل عليها لكنها مناقشة مقطوع بفسادها بين الاصحاب في جميع القيود المعتبر في تمام السبب غيرها ، كالتقا بض في الصرف ، والقبض في المجلس في السلم ، والقبض في الهبة ، و غير ذلك ممّا هو عندهم كأجزاء العقد التي لاإشكال

في اعتبار الشرطية فيها ، ولتحرير ذلك مقام آخر ، وحينئذ يتخير المرتهن في المقام في فسخ البيع المشروط به ، ولاتعود رهنا بعودها خلا ، كما صرّح به في الدروس ، إلا برهانة مستأنفة .

ولو اختلفا في القبض هل كان قبل الخمرية أو بعده ؟ قدم قول مدعي الصحّة ، و إن كان الراهن ، كما تقدم البحث في نظايره في المباحث السابقة ، و عن الشيخ أنه تردد في ذلك من البناء على الظاهر ، و من أن القبض فعل المرتهن ، فيقدم قوله فيه و هو في غير محله .

نعم لو كان الاختلاف في أصل القبض لا في صفته ، كان القول قوله ، لاصالة عدمه ومن ذلك يظهر لك حينئذ ما في التذكرة من أن الأولى في المسألة الأولى تقديم قول المرتهن ، حاكيا له عن الشيخ و أبي حينفة وأحد قولي الشافعي ، محتجّا عليه بما هو واضح الضعف بأدنى تأمل ، فلاحظ وتأمل .

وفي التذكرة ، أيضا « ولو انقلب المبيع خمراً قبل القبض فالكلام في انقطاع البيع وعوده إذا عاد خلاً على ماذكرنا في انقلاب العصير المرهون خمراً بعد القبض» وفيها أيضاً في موضع آخر قريب من ذلك ، « و إذا اشترى عصيراً فصار خمراً في يد البايع وعاد خلاً فسد العقد ، ولم يعد ملك المشتري لعوده خلاً ، والفرق بينه وبين الرهن ، أن الرهن عاد تبعا لملك الراهن ، وهاهنا يعود ملك البايع لعدم العقد ، ولا يصح أن يتبعه ملك المشترى» وهو مناف لذلك الكلام فتأمل جيدا. ولعله لامكان ان يكون ذلك من التلف قبل القبض ، فينفسخ العقد حينئذ ، ولامعنى لعوده ، وإن كان فيه منع واضح كما ستعرف .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لو رهن ﴾ مسلم ﴿ من مسلم خمرا ، لم يصح ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، كما تقدم الكلام فيه ، وفيما إذا وضعه على يد ذمي أو رهنه عنده أو بالعكس سابقا ، لعدم الملكية التي قد عرفت اشتراطها في الرهن مما تقدم ، وعدم جواز بيع المسلم إيّاها من غير فرق بين المحترمة وغير المحترمة ﴿ فلو انقلب في يده ﴾ أي المرتهن ﴿ خلاً فهو له ﴾ لاستيلاء يده عليه ، وليست هي يد الأول ، إذ الفرض

كون الرهانة فاسدة ، فهو حينئذ حال خليته مال لامالك له ، كباقي المباحات يملك حينئذ بالإستيلاء مع النية ، أو بدونها على القولين ، لكن قد يناقش بأن أولوية الأول للملك السابق ، فلا تعارضه يد الثاني بعد ما سمعت سابقا من الشك في كون مثله من المباحات ، وبأن فساد الرهانة لاينافي كون اليد للأول ، و أن المرتهن من فروعه ، وخصوصا إذا كانت الخمر محترمة ، ولعله لذا قال المصنف : ﴿ على تردد ﴾ بل في جامع المقاصد، والمسالك أن الاقوى كونها للأول ، إذاكانت محترمة ، بخلاف غير المحترمة ، فإنه لايد لأحد عليها .

وحينئذ فلوغصبها غاصب فتخللت في يده كانت ملكا له ، دون المغصوب منه ، بل أطلق في القواعد ، والمحكي عن المبسوط ، والايضاح ، ملكية الغاصب للخمر المتخللة في يده لكن قد يناقش بما سمعت من أولوية الأول بالملك السابق ، بل عن غصب التذكرة ما يظهر منه الاجماع على أن الخمر المتخللة في يد الغاصب للمغصوب منه حيث نسبه إلى مذهبنا ، بل عن غصب الخلاف أنه لا خلاف فيه ، اللّهمّ إلا أن ينزل كلامهما على المحترمة ، لعدم تصور الغصب في غيرها ، إذ لا سلطنة له عليها بخلافها فإن السلطنة ثابتة عليها ويجب ردها ، وبالتخليل يضمن المثل لو تلف ، فحينئذ يعود الملك للأول بعودها خلاً لأن يد الغاصب كعدمها .

ولعلّ الاقوى صيرورتها ملكا للأول على كل حال بالتخلل ، للاولوية التي مبناها حصول المانع للسبب في بعض الأزمنة ، فيبقى الباقي على مقتضى عمله فيه ، نحو ما سمعته في العصير المرهون المنقلب خمرا ثم خلا ، ضرورة كون الجميع من واد واحد ، فإن السبب الذي اقتضى الملك قبل الخمرية باق على حسب استعداده ، وإنما منعه حال الخمرية مادامت ، باعتبار ما دلّ على عدم ملكها الذي لا يقتضي بطلان أصل السبب ، بل أقصاه بطلان أثره مادام المانع ، فإذا زال عمل المقتضي مقتضاه .

ومن هنالم يشترط في ملكية الاول حصول يده عليه ، لأن المملك له هو السبب الاول لا يده ، وحينئذ فلا فرق بين المحترمة وغيرها ، وبين المأخوذة قهراً من يده إذا

فرض تخللها وغيرها .

ويؤيد ذلك ما تسمعه إنشاء الله من عدم الخلاف في أنه لو غصب عصيراً فصار خمراً في يد الغاصب ثم صار خلاً يعود على ملك الأول ، ليس إلاّ لما ذكرناه ، ومنه يعلم الوجه فيما ذكره في التذكرة أولا ، فإنه لما صار خمراً في يد البايع لم يبطل أصل السبب ، بل بطل حكمه ، في أن الخمرية ، نحو ما سمعته في الرهانة ، وفي إسلام أحد الزوجين ، فلمّا زال المانع عمل السبب عمله .

وأما إحتمال أنه من التلف قبل القبض ، فيدفعه منع كونه تلفا حقيقة ، بل ولا حكما بعد فرض العود إلى الخليّة ، وبذلك يظهر الفرق بين حالي الابتداء والاستدامة ضرورة مشروعية المانع في الثاني في إسلام أحد الزوجين والارتداد ونحوهما ، بخلاف الأول ، فلا يجوز العقد على الخمر ابتداء مراعياً في صحته صيرورته خلا ، ضرورة كونه كتعليق السبب المعلوم بطلانه ، فاتضح أن صحة مانع الاستدامة لا يستلزم الصحة في الابتداء . كما أنه اتضح بهذا التحقيق ما في جملة من الكلمات التي هي غير محرّرة ﴿ و ﴾ لا منقحة ، حتى ما في المتن .

نعم ليس ﴿كذا﴾لك ﴿ لو جمع ﴾ جامع ﴿ خمرا مراقا ﴾ فتخللت في يده إذ الظاهر كونها ملكا للثاني بلاخلاف أجده فيه بين من تعرض له ، دون الأول ، لإسقاط حق أولويته منها بالإراقة الظاهرة في الإعراض الذي يزيل حكم الملك الذي هو أقوى من الحق المزبور ، ولا يقدح حرمة الجمع على الجامع ، إذ ليس حكمنا بملكه للجمع المزبور ، بل لاستيلائه على العين حال التخليل الذي صارت به مالا بلا مالك ، لتكون كالمباحاة ، مع أن الظاهر عدم الحرمة لو أراد الجمع للتخليل ، فإن الظاهر صحة ابقائها وحفظها لذلك ، ومن ثم سمّيت محترمة : أي يحرم غصبها وإتلافها على من في يده .

بل في المسالك لولا احترامها لأدى ذلك إلى تعذّر اتخاذ الخلّ ، لأن العصير لا ينقلب إلى الحموضة إلّا بتوسط الشدة ، ونحوه في جامع المقاصد والتذكرة ، قال في الاخير : « الخمر قسمان ، محترمة : وهي التي اتخذ عصيرها ليصير خلا ، وإنما

كانت محترمة ، لأن اتخاذ الخلّ جايز إجماعا ، والعصير لا ينقلب إلى الحموضة إلاّ بتوسط الشدة ، فلو لم تحرم وأريقت في تلك الحال لتعذّر اتخاذ الخل ، والثاني : غير محترمة : وهي التي اتخذ عصيرها لغرض الخمرية .

وقد استفاد بعض مشايخنا من هذه العبارات أنه لابد من سبق الخمرية للخلّ في عصير التمر وغيره ، بل قال : ليس المراد من العصير ما استخرج ماؤه بالعصر ، بل هو أعم منه فحينئذ ما يستعمله الناس من خلّ التمر والزبيب لايجوز استعماله إذا اشتدّ قبل الحموضة ، ولنا معه بحث ذكرناه في غير المقام ، وعلى كل حال فمايظهر من المصنف من التردد في كون المفروض ملكا للجامع في غير محلّه ، كالاشكال عن التحرير أولا ، وقدبان من ذلك كله الفرق بين الجامع والغاصب ، فيملك في الاول دون الثاني على الاصح .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ ليس كذلك لو غصب عصيرا ﴾ فصارخمرا في يده ثم تخلل كذلك ، فانه لاخلاف كما في المسالك ومحكي غاية المرام في عدم ملكية الغاصب له ، بل هو ملك للمغصوب منه ، فيرجعه إليه ، ويرجع أرش النقصان معه لو قصرت قيمته عن العصير ، بل الظاهر وجوب دفعه إليه في حال الخمرية ، لأولويته ، وإمكان إرادة تخليله ، إلا أن يعلم إرادته منه الشرب ، فلا يجوز ، ويردّ معه مثل العصير ، لا مكان عدم انقلابه خلا ، فإذا عاد ردّه إليه ، لأنه قد عاد ملكه إليه ، وان تغيرت صورته ، وتمام الكلام يأتي في باب الغصب إنشاء الله .

ثم ليعلم أن الخمر قد يذكّر ، كما عن القاموس وغيره ، بل ظاهر المحكي عن المصباح المنير : أنهما على حد سواء ، قال : الخمر معروفة يذكر ويؤنث ، فيقال : هو الخمر ، وهي الخمر ، وقال الأصمعي : الخمر انثى وأنكر التذكير ، كما أن ظاهره إختصاص الانكار بالاصمعي المحجوج بنقل المثبت ، بل تذكير المصنف والفاضل وغيرهما من الاساطين الضابطين شاهد على خلافه أيضاً ، والأمر سهل .

﴿ ولو رهنه بيضةً فاحضنها فصارت في يده فرخا كان الملك والرهن باقيين ،

وكذا لو رهنه حباً فزرعه ﴾ بلا إشكال في كل منهما ، أما الاول فلأن هذه الاشياء نتيجة ماله ، ومادّتها له ، فلم تخرج عن ملكه بالتغيير ، والاستحالات المتجددة صفات حاصلة فيهما ، وحصل بسببها استعدادات مختلفة ، لتكونات متعاقبة خلقها الله تعالى فيها ووهبها له ، والأرض والماء والاحضان ونحوها من المعدات التي لا تخرج المادة عن ملك صاحبها .

وأما الثاني : فلأن الرهن تابع للعين كيفما تغيرت وتنقلت ، إذ هو مشابه لصفة الملك في ذلك ، وليس معلّقا على اسم البيضة والحب حتى يزول بزوال الاسم ، كما هو واضح ، بل ليس ذا من مسألة النماءات التي فيها البحث السابق ، بل هو كسمن الدابة ونحوه مما لا إشكال في تعلق الرهن به ، واحتمال تعلق الرهن بمقدار الحب من الزرع وغيره ظاهر الفساد ، بل لاخلاف أجده في شيء من ذلك إلاّ ما يحكى عن الشيخ وبعض العامة من تسبيب هذه التغييرات الملك للقابض ، تنزيلا للعين منزلة التلف ، فغايته ضمان المثل أو القيمة ، وضعفه واضح ، كما هو محرر في باب الغصب والله أعلم .

﴿ واذا رهن اثنان عبدا بينهما بدين عليهما ، كانت حصة كل واحد منهما رهنا بدينه ﴾ مع الاطلاق ﴿ فاذا أدّاه صارت حصته طلقا ، وإن بقيت حصة الآخر ﴾ رهنا ، كما تقدم الكلام في ذلك مفصلا عند قول المصنف : ولو رهن على مال رهنا ثم استدان آخر ، إلى آخر البحث فلاحظ وتامل .

المقصد الثالث

من المقاصدالتى استدعاها البحث في لواحق كتابالرهن * في النزاع الواقع فيه *.

وان تقدم بعضها في مطاوى الابحاث السابقة * و * لكن مع ذلك * فيه مسائل : الاولى : إذا رهن مشاعا * وأذن للمرتهن في قبضه واستدامة يده عليه * وتشاح الشريك والمرتهن في امساكه * للرهانة ولو من حيث إذن الراهن له في ذلك أو للاستيمان * انتزعه الحاكم * وقبضه لهما بنفسه ، أو نصب عدلا يكون في يده لهما ، بل قد يقال : بجواز نصب أحدهما لذلك ، لكن لا يخلو من اشكال ، وعلى كل حال يقوم القبض مقام قبض المرتهن ، في تحقق الرهانة ، وإن لم يكن ذلك بوكالة من المرتهن ، بل ربما لا يكون له التوكيل في ذلك ، كما إذا شرط الراهن عليه القبض بنفسه ، بل لاقتضاء نصبه حاكما من الشارع ذلك ، ضرورة أن الحاكم هو المعد لقطع امثال هذه المنازعات المتوقف على نحوذلك ، وان كان موضوعه حال طلب كل منهما انقطاعه ، لكن لا يكون الحاكم في ذلك فرع إذنهما على وجه يكون له حكم الماذون ، بل قد يقال : لا حاجة إلى اذن الراهن .

لكن في المسالك فان الحاكم ينصب لهعدلا لقبضه عن الرهن ، وليكن باذن الراهن ، وللامانة ، ولعل إطلاق الاصحاب على خلافه . نعم لو أن الراهن شرط في عقد الرهانة القبض بنفسه ، أمكن حينئذ الحكم بانتفائها بالتشاح ، وقد يظهر من لفظ النصب في جملة من عبارات الاصحاب كون العدل فيما لا وكيلا عنهما ، بل ولا عن الحاكم ، فلا يزول حكم قبضه بخروج الحاكم أو المرتهن أو الشريك عن بعض صفة التوكيل ، ومثله لو كان التشاح بين الشريكين في أصل قبض المال المشترك والاستيمان عليه ، بل لعل الظاهر أنللحاكم من حيث الحكومة المعدة لقطع النزاع انتزاعه منهما ونصب أمين عليه ، وان اتفقا معاً على عدم الرضا بذلك مالم يتفقا على ما

يحصل به قطع النزاع بينهما ، والأصل في ذلك وغيره من الأحكام المتصورة في المقام قوله ﷺ[1] « فإني قد جعلته عليكم حاكما » إذ الحاكم هو المعدّ لقطع مثل ذلك الذي يجب على الشارع حسم مادته لما يترتب عليه من المفاسد .

ومنه يظهر أن حكومة الحاكم لاتختص بما كان من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، بل هي أعم من ذلك ، ضرورة عدم المعروف في الفرض ، إذ لايجب على أحد الشريكين الإذن للآخر في القبض ، أو لمن يريده أحدهما فتشاحّهما لا معصية فيه من أحدهما ، وربما تكون المصلحة لكل منهما في عدم استيمان الآخر ، بل ربما يكون ضرر على كل منهما بذلك.

﴿ و ﴾ على كل حال فإذا انتزعه منهما ﴿ آجره إن كان له أجرة ﴾ ولو على بعض الشركاء على إشكال ، مدة لا تزيد عن أخذ الحق إلا برضا المرتهن وإجازته، ﴿ثم قسّمها بينهما بموجب الشركة﴾ ان طلبوا استيجاره ، فان لم يطلبه أحد منهم أبقاه من دون إجارة ، و إن طلبه أحد الشريكين دون الاخر هايا بينهما ، فيؤجره في مدة الطالب دون الاخر ، وإن طلبه المرتهن توقف على إذن الراهن وكذا العكس ، والأجرة تكون بين المرتهن والشريك بناء على تبعية مثل هذا النماء للرهن ﴿وإلا﴾ كانت بين الشريكين .

وإن لم تكن له أجرة أولم يريدوا إستيجاره جعله عنده أمانة أو ﴿استأمن عليه من شاء﴾ ولو أحدهما على اشكال ، وقد عرفت ان له فعل ذلك كله ﴿قطعاً للمنازعة﴾ المنصوب لحسمها وماشابهها ، بل الظاهر أن له الالزام بالقسمة فيما يقسم ، والبيع في غيره ونحو ذلك ، مع توقف قطعها عليه ، بل قد يحتمل جواز ذلك له وإن لم يتوقف : لأنه مخيّر في أفراد القطع والفرض ان ذلك أحدها ، لكن يقوى العدم فيقتصر في القطع على أقلّ الافراد ضررا عليهما ، وأقلها مخالفة للضوابط .

وتحرير هذه الجملة محتاج إلى بسط في الكلام ، وليس هذا محله ، خصوصا بالنسبة الى ثبوت ولاية الحاكم في نحو المقام الذي يكون فيه القبض شرطا في الصحة ،

الظاهر في كون الشرط قبض المرتهن نفسه ، وقبض المتعاقدين في مثل الصرف ، وقبض الموقوف عليه في الوقف، وقبض الموهوب في الهبة، فان قيام قبض الحاكم مقامه مع عدم التوكيل لا يخلو من بحث ، بل لا يخلو أصل ثبوت ولايته فيما يقطع به النزاع إقتراحا مع فرض عدم معصية من أحدهما في دعواه منه أيضا ، و إن كان ظاهر الاصحاب في المقام و نظائره ذلك ، لاطلاق الادلة في كونه منصوبا لذلك ، ولأن مجاري الامور بيده ، و اولويته من الحكمين في نزاع الزوجين وغير ذلك ، والله العالم .

المسألة ﴿الثانية : إذا مات المرتهن انتقل حق الرهانة الى الوارث﴾ بلاخلاف ولا إشكال ﴿ فان امتنع الراهن من استئمانه كان له ذلك﴾ و إن كان المرتهن مؤتمنا سابقا لبطلان ذلك بالموت ﴿فان اتفقا على أمين وإلا استأمن عليه الحاكم﴾ كما تقدم الكلام في ذلك مفصلا في آخر الفصل الخامس وغيره ، بل تقدم الآن في المسألة السابقة ماله تعلق به في الجملة . كما لا يخفى .

المسألة ﴿ الثالثة : إذا فرّط في الرهن ﴾ أو تعدى فيه ضمنه بلاخلاف ولا إشكال ، فان كان مثليا ﴿ وتلف ﴾ لزمه مثله . فان تعذر فقيمته عند الأداء أو التلف أو الأعلى على ما تقدم سابقا في باب القرض و غيره من نظائر المسألة ، وان كان قيميا ﴿ لزمته قيمته ﴾ إلا أن المصنف على أنها ﴿ يوم قبضه ﴾ ولم نعرفه لغيره ، بل عن جماعة الاعتراف بمجهولية قائله ، و إن أرسله في القواعد ، و ربما أراد المصنف ، كما أنه لم نعرف له وجها يعتدبه ، ضرورة عدم كون العين مضمونة قبل التفريط .

لكن في المسالك « حكم المصنف باعتبار قيمته يوم قبضه ، مبني على أن القيمي يضمن بمثله » وقد أخذ ذلك من الدروس حيث قال : « والمعتبر بالقيمة يوم التلف » وقال ابن الجنيد : « الأعلى من التلف الى الحكم عليه بالقيمة » ويلوح من المحقق أن الاعتبار بالقيمة يوم القبض ، بناء على أن القيمي يضمن بمثله ، وفي كلام ابن الجنيد إيماء اليه ، وفيهما معا ــ بعد الإغضاء عن إرادة المثل من القيمة في كلام المصنف إلا أن يحمل على تعذّر المثل ، وفيه مالا يخفى أيضاً ــ أن ذلك لا يقتضي الاعتبار يوم القبض أيضا ، ومن هنا في المسالك بعد أن بناه على ما سمعت قال : « ومع ذلك ففي

اعتبار يوم القبض نظر ، لأنه ثم لم يكن مضمونا ، فينبغي على ذلك اعتبار المثل يوم الضمان » وهو كذلك ، فلو كان الرهن يوم القبض سميناً فهزل قبل التفريط ثم فرط فيه ضمنه بمثله الصورى من يوم التفريط لا القبض كما هو واضح ، و دعوى أن التفريط يوجب ردّ المقبوض يوم القبض ، كما ترى ، مع أنه لا تخص القول بضمان القيمي بمثله .

و بالجملة هذا القول على كل حال في غاية الضعف ، ومثله في ذلك القول بضمان أعلى القيم من حين القبض إلى حين التلف ، و إن قال في المسالك : « أنه نسب إلى الشيخ في المبسوط » بل عن الصيمري أنه قول مشهور ، نقله فخر الدين و اختاره ، بل في الرياض « أنه مشهور في المصنفات ولعله أحوط و أجود ، إما لكونه كالغاصب فيؤخذ بأشق الاحوال ، أو لاقتضاء الشغل الذمة اليقيني البراءة كذلك ، ولا تحصل إلا بذلك » .

لكن فيه ما عرفت من انه لا وجه لضمان القيمة قبل حصول سبب الضمان ، والمشابهة للغاصب انما تحصل بالتفريط لا قبله ، والبراءة اليقينية أو ما بمنزلتها تحصل بمادلّ على ضمانه يوم التلف ، على أن الظاهر عدم كون المقام مما يجب فيه يقين البراءة لعدم الإجمال في موضوع التكليف ، بل هو من الشك في الأقل والاكثر ، مع عدم توقف صحة الاول على الثاني ، فأصل البراءة محكم في نفسه إذ هو كالشك في شغل الذمة لشخص بالاقل أو الاكثر ، وكالشك في وجوب قضاء فريضة عليه أو أزيد و نحو ذلك ، فلا ريب حينئذ في ضعف هذا القول ، و مشاركته في عدم المستند للأول ،

وأضعف منهما ما عن الاسكافي من أنه أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم حكم الحاكم عليه أو إلى المطالبة بها كما في نقل آخر عنه ، ولعلّهما بمعنى ، كما أن فسادهما معا على تقدير اختلافهما واضح ، ضرورة تعلق الضمان حال التلف من غير مدخلية للمطالبة أو حكم الحاكم . نعم قد يقوى ضمان أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف ، كما عن المختلف والصيمري وابن فهد . لأنه حينئذ كالغاصب ، ولتضرر المالك بما فات في يده من تفاوت القيمة .

﴿و﴾ لكن الاقوى منه ما ﴿ قيل : ﴾ من أن ضمانه بقيمته ﴿يوم هلاكه﴾ بل لعله خيرة الاكثر كما اعترف به في المسالك ، لأنه يوم الانتقال ، إذ قبله كان الخطاب منحصراً في ردّ العين ، و عدم المنافاة بين انحصار الحق في العين قبل التلف و انتقال قيمتها قبله إلى الذمة بعده لا يكون مقتضيا لذلك ، والحكم في الغاصب ممنوع فضلا عن المقام ، كمنع ضمان مثل هذا الضرر ، ولذا لا يضمن لو رد العين نفسها و كذا ما أقامه الشارع مقامها الذي هو في الحقيقة طريق تأدية لها . نعم لو كانت التفاوت بسبب نقص في العين قد حصل في يده بعد التفريط ، اتجه اعتبار الأعلى حينئذ ، لفوات الأجزاء المضمونة عليه في يده ، حتى لو رد العين نفسها على الاقوى ، كما هو واضح .

﴿ و ﴾ قد ظهر من ذلك أن ما في المتن وغيره من أنه ﴿ قيل : ﴾ يضمن ﴿ أعلى القيم ﴾ يرجع إلى أحد الأقوال السابقة اذ لا معنى له بدون التنزيل على أحدها ، وقد مر تمام الكلام في نظاير المسألة ، و يأتي إنشاء الله تعالى في باب الغصب.

﴿ فلو اختلفا ﴾ اى الرهن و المرتهن ﴿ في القيمة ﴾ المضمونة بالتفريط ﴿ فالقول قول الراهن ﴾ عند الاكثر كما في الدروس ، بل عن الغنية الاجماع عليه ، مؤيدا بحكاية عن الشيخين و القاضي و الديملي و التقي و ابن حمزة لأن المرتهن خائن بتفريطه ، فلا يقبل قوله وفيه أن قبول قوله لإنكاره ، لا من حيث أمانته التي ارتفعت بخيانته ﴿و﴾ من هنا ﴿ قيل القول قول المرتهن ﴾ لأصالة البراءة من الزائد ، فيكون منكرا عليه اليمين ، وعلى الراهن المدعي البينة كما هو مضمون النبوي ﴿ و ﴾ لاريب في أنه ﴿هو الأشبه ﴾ وفاقا للشهيدين والمحكي عن الحلي والفاضل و كثير من المتأخرين . نعم القول قول الراهن في دعوى قلّتها لو كان هو المتلف للرهن ، و أراد المرتهن القيمة منه ، تكون رهنا ، فادعى عليه زيادتها ، لكون الاصل معه ، فيكون منكراً عليه اليمين ، و المرتهن المدعي عليه البينة ، ولو كان المتلف أجنبيا وصدقه الراهن في دعوى القلة لم يكن للمرتهن سبيل عليه ، مع احتمال توجه اليمين له عليه ، باعتبار تعلق حق الرهانة بها ، والله أعلم .

المسألة ﴿ الرابعة لو اختلفا فيما على الرهن ﴾ قلة وكثرة مع اتحاد الدين

وتعدده ، و إن اتفقا على شغل الذمة ﴿ كان القول قول الراهن ، وقيل : ﴾ والقائل الاسكافي ﴿ القول قول المرتهن مالم يستغرق دعواه ثمن الرهن ، والأول أشهر ﴾ بل هو المشهور شهرة عظيمة ، بل عن ابني زهرة وادريس الاجماع عليه ، ولعله كذلك ، لعدم قدح خلافه فيه ، وهو الحجة .

مضافا إلى قاعدة المدعي و المنكر إذلاريب في كون الأول هنا المرتهن ،والثاني الراهن الموافق قوله لأصالة عدم ارتهانه بأزيد مما اعترف به المالك ، بل لو كان النزاع في أصل شغل الذمة به ، كان الأصل براءة الذمة .

وإلى صحيح محمد بن مسلم [1] عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بينة بينهما فيه ، فادعى الذى عنده الرهن أنه بالف ، فقال صاحب الرهن : إنه بماءة قال : البينة على الذى عنده الرهن أنه بالف، و إن لم يكن عنده بينة فعلى الراهن اليمين » .

وموثقة ابن ابى يعفور [2] عن أبي عبدالله عليه السلام « إذا اختلفا في الرهن فقال أحدهما : رهنه بألف ، وقال الآخر : بماءة درهم ؟فقال : يسئل صاحب الألف البينة، فان لم يكن بينة ، حلف صاحب الماءة » .

و موثق عبيد بن زرارة [3] عنه أيضا في رجل رهن عند صاحبه رهنا لابينة بينهما ، فادعى الذي عنده الرهن أنه بألف فان لم يكن عنده بينة ، فعلى الذى له الرهن اليمين أنه بماءة .

فلا محيص حينئذ عن المشهور ، خصوصا مع عدم دليل للاسكافي صالح لمعارضة ماسمعت ، إذليس إلا موافقة الظاهر في بعض الافراد الذى لا عبرة به في مقابلة ما سمعت .

وخبر السكوني [4] عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام « في رهن اختلف فيه الراهن والمرتهن ؟ فقال الراهن : هو بكذا و كذا ، و قال المرتهن : هو بأكثر ؟ قال

(١ - ٤) الوسائل الباب - ١٧ - من ابواب احكام الرهن الحديث ١ - ٤ .

على عليه السلام ، يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن ، لأنه أمينه» الضعيف سندا الموافق لأحد قولي العامة ، المخالف للمتواتر كما في جامع المقاصد المحتمل لما عن الشيخ من أن الاولى للراهن أن يصدق المرتهن.

فمثله لايصلح لمعارضة ما تقدم من وجوه ، على أن ظاهره باعتبار مفهوم الغاية تصديق الراهن فيمالوأحاطت دعوى المرتهن بالثمن ، والمعروف حكايته عن ابن الجنيد أنه يصدق المرتهن مالم يدع زيادة القيمة على الراهن ، فهو مخالف حينئذ للخبر .
نعم على ما حكاه في المتن عنه يتجه الاستدلال له به ، وكان الموجب لاختلاف النقل عنه عبارته المحكية عنه ، وهي: المرتهن يصدق في دعواه حتى يحيط بالثمن ، فان زاد دعوى المرتهن على القيمة لاتقبل إلا ببينة . باعتبار اشتمالها على مفهوم الغاية القاضي بخروج دعوى الاحاطة عن حكم دعوى غيرها ، وعلى مفهوم الشرط القاضي بدخولها .

و على كل حال فالمذهب ، الاول ، بل لو ازاد ابن الجنيد - مايشمل دعوى المرتهن أصل الشغل بالزائد - كما عساه يظهر من بعض ، بل ظاهر الفاضل في القواعد أن نزاعه في ذلك - كان مخالفا للضوابط الشرعية ، بل يمكن دعوى الضرورة حينئذ على خلافه والله أعلم .

المسألة ﴿الخامسة: لو اختلفا في متاع فقال أحدهما﴾ أي المالك ﴿هو وديعة﴾ عندك ﴿و قال الممسك هو رهن ف ـ ﴾ المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة بل ربما استظهر من نافع المصنف الاجماع عليه أن ﴿القول قول المالك و قيل : ﴾ و القائل الصدوق ، والشيخ ، في المحكي عن مقنع الاول ، واستبصار الثاني ، القول : ﴿ قول الممسك ، والأول أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، لأنه منكر باعتبار موافقة قوله لأصالة عدم الارتهان .

و في موثق اسحاق بن عمار [1] عن الصادق عليه السلام في الاختلاف في الوديعة والقرض «أن القول قول صاحب المال مع يمينه » وخصوص المورد لايخصص الوارد ،

(١) الوسائل الباب - ١٨ - من ابواب احكام الرهن الحديث - ١ - .

فيستفاد منه حينئذ أصالة عدم الحكم بمال الإنسان بغير قوله ، و إن كان مدعيا ، فضلا عما نحن فيه ، مما هو مدعى عليه ، اللهم إلا أن يقال إن ما فيه مبني على أصالة الضمان في اليد ، حتى يقوم خلافه ، لا على الاصل المزبور الشامل للمقام ، فلا يكون شاهدا له ، و فيه بحث .

وعلى كل حال فقد يؤيد ما نحن فيه أيضا الخبر المتقدم [١] سابقا في مسألة استيفاء المرتهن الدين مما في يده إذا خاف جحود الوارث لو أقر بالرهانة ، ضرورة ظهوره في أن القول قول الوارث مع الاقرار لا قوله ، وإن كان المال في يده فلاحظ وتأمل.

كل ذلك مضافا إلى خصوص صحيح ابن مسلم [٢] عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل رهن عند صاحبه رهنا ، فقال الذى عنده الرهن : ارهنته عندي بكذا و كذا ، وقال الاخر : إنما هو عندك وديعة ، فقال : البينة على الذي عنده الرهن أنه بكذا وكذا ، فان لم يكن له بينة فعلى الذى له الرهن اليمين» لكن حمله الشيخ على صورة النزاع في الدين ، لا الرهن، فقال : إنما قال : عليه البينة على مقدار الدين الذى ارتهنه به ، لا على أصل الرهن ، وحينئذ فيمين المالك مع تعذر البينة على نفي الدين ،ومقتضاه أن محل النزاع صورة الاتفاق على الدين ، ولكن اختلفا في الرهانة عليه ، والوديعة.

فلا يكون المحكي عن ابن حمزة- من التفصيل بين اعتراف صاحب المتاع بالدين فالقول قول الممسك وعدمه فالقول قول المالك - قولا ثالثا في المسئلة منشؤه الجمع بين الصحيح المتقدم وبين خبر عبادة بن صهيب [٣] قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن متاع في يد رجلين أحدهما يقول : استودعتكه ، والآخر يقول هو رهن ؟ فقال :القول قول الذى يقول أنه رهن عندي ، إلا أن يأتي الذي ادعى أنه أودعه بشهود » وموثق ابن ابى يعفور [٤] عن الصادق عليه السلام المتقدم صدره سابقا « قال : وان كان الرهن أقل مما رهن به أو اكثر و اختلفا ، فقال أحدهما : هو رهن ، و قال الآخر هو وديعة ؟قال: على صاحب الوديعة البينة ، فان لم يكن بينة حلف صاحب الرهن » .

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من ابواب أحكام الرهن الحديث - ١ - .

(٢-٤) الوسائل الباب - ١٦- من ابواب أحكام الرهن الحديث ١-٣.

وصحيح أبان [١] الموافق في المتن للموثق المزبور ، حتى ظن في الحدائق أنهما خبر واحد منكرا بذلك على ما حكاه عن صاحب الكفاية من عدّهما خبرين ،لكن فيه أنه هو قد اعترف بأن الصدوق رواه عن فضالة عن أبان عن الصادق عليه السلام ، و أن طريقه إلى فضالة صحيح ، وأن الشيخ روى الاول بسنده عن أبان عن ابن أبي يعفور، و بذلك يكونان خبرين ، وان اتحد متنهما .

وكيف كان ففيه ـ مع أنه لاشاهد لهذا الجمع أولاً ـ أنه فرع المقاومة المفقودة في المقام ، لاللضعف سندا ، لماعرفت من أن فيهما الموثق والصحيح ، ولكن لندرة العامل ، بخلاف الأول الذي قدعرفت عظم شهرته ، ولاعتضاده بماعرفت من القواعد و غيرها ، و دعوى ـ اعتضاد هذه بظهور كونه رهنا بعد الاعتراف بالدين ـ واضحة المنع ، مع أنه على تسليمها لاتساوي مااعتضد به الأول ، خصوصا ما قيل : من موافقة هذه للتقية أيضا ، وأضعف من ذلك مايحكى عن ابن الجنيد من الجمع بينهما بالتفصيل أيضاً بين صورتي اعتراف القابض للمالك بكونه في يده على سبيل الامانة ثم صار رهنا فالقول قول المالك ، وصورة دعواه الرهانة ابتداء فالقول قوله ، إذ هو كماترى ، وقد ظهر من ذلك كله أنه لامحيص عن المشهور ، وإن وسوس فيه بعض متأخري المتأخرين ، بل جزم بخلافه آخر ترجيحا للنصوص المزبورة على الصحيح الاول ، إلا أن خلافه غير قادح ، بعد أن كان منشؤه اختلال الطريقة ، بل ربما افاد المشهور قوة و الله أعلم .

المسالة ﴿ السادسة : إذا أذن المرتهن للراهن في البيع و رجع ، ثم اختلفا فقال المرتهن : رجعت قبل البيع، وقال الراهن﴾ رجعت ﴿بعده كان القول قول المرتهن﴾ عند المشهور بين الاصحاب بل في جامع المقاصد نسبته اليهم مشعرا بدعوى الاجماع ، خصوصاً مع قوله أنه ينبغي الوقوف معهم. وإن كان الدليل يقتضي خلافه ، ﴿ترجيحا لجانب الوثيقة﴾ المستصحب بقاؤها إلى أن يعلم المزيل . ، وليس ، لأن الاذن في البيع غير مسقط لها ، وإنما المسقط لها البيع المأذون فيه، ولم يثبت ﴿ اذ الدعويان متكافئتان﴾ لأن الراهن يدعى تقدم البيع على الرجوع و الاصل عدمه ، و المرتهن بالعكس ،

(١) المصدر المتقدم .

و الاصل عدمه ، فإن كلامنهما حادث ، و الاصل تاخره ، و الاقتران أيضاً حادث و الاصل عدمه ، مع انه لوحكم به هنا لاقتضى فساد البيع .

و على كل حال يبقى استصحاب الرهانة سالما عن المعارض ، ودعوى - معارضته بأصالة صحة البيع المعلوم وقوعه ، فيتساقطان ، و يبقى مع الراهن ملكية المرهون، وتسلط الناس على اموالهم - يدفعها أن اصالة صحة العقد مترتبة على سبقه بالاذن ، فإذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد ، بخلاف إستصحاب الوثيقة ، فإنه باعتبارمعلومية حصولها صحيحة سابقا، إنما يكون الشك فيطرو المبطل لها، فيكفى فينفيه أصالة عدمه ، وليس استصحابها مشروطا بسبق الرجوع علىالبيع ، حتىيقال: إنه إذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم به ، نحو ما سمعته في صحةالبيع ، بل يكفى في صحة استصحابها عدم العلم بسبق البيع للرجوع .

ومن ذلك يعلم اندفاع ما فيجامع المقاصدمن المناقشة فيأصل تكافؤ الدعوين: «بأن الأصل و إنكان عدم صدورالبيع على الوجه الذى يدعيه الراهن ، إلاّ أنه لايتمسك به الان ، لحصول الناقل عنه ، وهو صدور البيع مستجمعا لجميع مايعتبر فيه شرعاً، وليس هناك ما يخل بصحته ، إلاكون الرجوع قبله ، و يكفى فيه عدم العلم بوقوعه كذلك ، و الإستناد إلى أن الاصل بقاء الإذن السابق ، لأن المانع لايشترط العلم بانتفائه ، لتأثير المقتضى و إلا لم يمكن التمسك بشيء من العلل الشرعية ، إذلايقطع بنفي موانع تأثيرها بحسب الواقع ، و هو معلوم البطلان ، فإن من صلى مراعيا للافعال و الشرائط ، يكفيه في صحة صلاته الاستناد إلى اصالة عدم طرو النجاسة على ثوبه و بدنه الطاهرين ، و إن لم يعلم انتفاؤها بحسب الواقع قطعاً .

هذا مع اعتضاده بأن الاصل في البيع الصحة و اللزوم ، وحيث تحقق الناقل عن الاصل المزبور امتنع التمسك به ، و خرج عن كونه حجة ، كأصل الطهارة بعد ثبوت المقتضى للتنجيس مثلا ، فإنه لايتمسك به ، و حينئذ فينتفي حكم كل من الأصلين اللذين ذكروهما ، على أن ما ذكروه فيالاستدلال إنما يتم على تقدير تسليم بقاء الأصلين المزبورين ، و الانحصار فيهما وفى الأصل الثالث الذى ذكروه ، وليس

كذلك ، فإن لنا أصلاآخر من هذا الجانب ، وهوأن الاصل في البيع الصحة واللزوم و وجوب الوفاء بالعقد.

لانه كماترى مبنى على أن الشك في صحة العقد إنما وقع في المانع الذى هو الرجوع قبل البيع ، لافي حصول الشرط الذى هو الاذن ، و قدعرفت ما فيه ، و إلى ذلك يرجع ما في المسالك من دفعه ، فانه قال : « لا نسلم وقوع البيع جامعا للشرائط الشرعية ، لأن من جملة شرائطه إذن المرتهن ، و حصوله غيرمعلوم ، و تنقيح ذلك أن الرهن المانع للراهن من التصرف لماكان متحققا ، لم يمكن الحكم بصحة البيع الواقع من الراهن إلاباذن معلوم من المرتهن حالة البيع ، ولما حصل الشك في حصولها حالته ، وقع الشك في حصول الشرط نفسه ، لا في وجود المانع ، و معلوم أن الشرط لايكفى فيه عدم العلم بانتفائه ، بل لابد من العلم بحصوله ، ليترتب عليه المشروط، ولو بطريق الاستصحاب ،كالصلوة مع تيقن الطهارة سابقا ، و الشك في بقائها الآن ، و الأمرهناكذلك ، فإن الرهن المانع من صحة البيع واقع يقينا ، ويستصحب الآن، و الشرط المقتضى لصحة البيع غير معلوم الوقوع في زمان البيع ، لاباليقين ولا بالاستصحاب ، فيرجح جانب الوثيقة كما ذكروه » .

لكن فيه أولا : أنه لاريب فى كون الشرطهنا بعد تحقق الاذن عدم الرجوع بها الذى هولازم بقائها ، و يكفى ما ذكروه من أصالة العدم و الاستصحاب فى اثباته ، إلا أنه لوكان النزاع فى الرجوع وعدمه ، لافيما إذا كان النزاع فى أنه قبل البيع أو بعده كما هو الفرض ، ضرورة معارضة اصالة عدم كونه قبله حينئذ ، بأصالة عدم كون البيع قبله ، كما أن استصحاب بقاء الاذن لايمكنه أن يفيد المقارنة للبيع حينئذ ، لاحتمال تخلل الرجوع الذى قدعرفت معارضة أصالة عدمه، لأصالة عدم تخلل البيع بين الاذن و الرجوع ، فاستصحاب بقاء الاذن حينئذ الذي لازمه عدم الرجوع، كاستصحاب بقاء المال الذى لازمه عدم البيع كما هو واضح ، فكان الذى ينبغى توجيه الرد بذلك ، لا بأن الشك في الشرط لا المانع ، فتأمل جيدا.

و ثانياً : أنه لاريب فى الحكم بحصول الشرائط بعد وقوع الفعل ، و إن كان

الأصل يقتضي عدمها ، كما لوشك في الطهارة أو الاستقبال أوالتستر أونحو ذلك بعد الصلوة ، خصوصاً إذا كان أصلها ثابتا كما لوتيقن الحدث بعد الفراغ من الصلوة ، ولكن لايعلم سبقه عليها أو بالعكس ، فقوله إن الشرائط لابد من احرازها بيقين أو باستصحاب ، إن اراد به قبل التلبس بالفعل ، فهو مسلّم ، ولكنه غير ما نحن فيه ، و إن أراد بعده ، فهو واضح المنع ، ضرورة إقتضاء أصالة صحة فعل المسلم ما ذكرنا ، بل الظاهر اقتضاؤها و إن كان الشرط من فعل الغير ، كما لوصلى في لباس غيره أو مكان كذلك ، ثم شك في أنه هل كان مأذونا أولا؟ فا نه يحكم بصحة فعله ، ولايكلف بالاعادة ، وكذا لوشك بعد البيع هل كان مأذونا أولا؟ .

نعم أصل صحة الفعل لايسقط بها حق غير الفاعل اذا أنكر ، فللمالك الأجرة في المثال ، و يحكم بعود المال لوكان موجودا لوباعه ، لأن أصالة صحة فعله لاتقتضي سقوط حق غير الفاعل ، أما في مثل الفرض الذي قدتحقق فيه اصل الإذن ، فقد يتجه دعوى جريان أصالة صحة البيع التي يكفي فيها احتمال عدم الرجوع قبله، ففي الحقيقة سقوط حقه با ذنه ، لابأصالة الصحة ، إلا أنه يعارض ذلك أصالة الصحة في رجوعه ، ضرورة كونه فعلا من افعال المسلم الذي ينبغي حملها على الصحة التي هي هنا الحكم بكونه قبل البيع، حتى يؤثر فسادا ، فصحيحه ذلك ، وفاسده الواقع بعد البيع، لعدم تأثيره ، إذليس الفساد والصحة إلاترتب الأثر وعدمه ، ودعوى -تساقطهما والرجوع إلى الأمر بالوفاء بالعقود الذي هوغير أصل الصحة ضرورة شموله لما لم يحكم بصحته وفساده، بعدالاغضاءعما فيها- يدفعه أنه شامل ، لعقد الرهن أيضاً ، فيكون مخاطبا بالوفاء به .

نعم لوكان النزاع في أصل الرجوع وعدمه اتجه الحكم بصحة البيع ، و نفى الرجوع بالاصل ، و استصحاب بقاء الاذن ، و دعوى أن الفرض من ذلك - إذ قول الراهن رجعت بعد البيع كلام أجنبي ، لامدخلية له في الدعوى ، و إنما العمدة قوله لم ترجع قبل البيع، فهومنكر والمرتهن مدع -يدفعها أنها ليست بأولى من العكس ،

إذ قول المرتهن بعت بعد الرجوع كلام أجنبي لامد خلية له في الدعوى ، و إنما العمدة قوله لم تبع قبل الرجوع : فهومنكر ، والراهن مدعي .

ولا يرد أن مقتضي ذلك تحالفهما معا، وفسخ البيع ، لان ذلك كذلك لولم يكن لاحدهما أصل آخر يرجع اليه ، أما إذا كان وهو استصحاب الرهانة ، فالمنكر هو ، لموافقته للاصل ، و المدعي الراهن ، فيكون عليه البينة ، و على الأول اليمين .

وقد ظهر من ذلك كله أنه لاوجه لماقيل أويقال من أن المتجه العمل بالأصلين ، أي أصلي بقاء الرهانة وصحة البيع ، فيحكم بكونه مبيعا وهو رهن ، إذ قد عرفت أنه لاأصل سالم فيقتضي الصحة ، على أن العمل بالأصلين في الموضع الواحد غير متجه في المقام ، ضرورة اقتضائهما حينئذ حكما فيه معلوما من الشرع خلافه ، و هو رهانة ملك الغير بغير إذنه ، و بقاء الرهانة مع صحة البيع المنافية لها ، المقتضية سقوطها و بالجملة هو واضح الفساد .

فبان أن كلام الاصحاب في محله ، بل هو كذلك ، لوشك المرتهن في نفسه أن رجوعه كان قبل البيع أو بعده ، بعد أن علمهما معا ، و كذا لوشك الراهن كذلك ، فان الاصل بقاء الرهانة في الجميع ، فتأمل جيداً هذا .

و في التذكرة عن بعض الشافعية « التفصيل بين مالو قال الراهن أولا تصرفت باذنك ؟ ثم قال المرتهن : كنت قدرجعت قبله ، فالقول قول الراهن بيمينه ، و بين ما لوقال المرتهن أولا: رجعت عما أذنت ، فقال الراهن: كنت تصرفت قبل رجوعك، فالقول قول المرتهن بيمينه ، لأن الراهن حينما أخبر لم يكن قادراً على الانشاء .

و في جامع المقاصد يقرب من ذلك ، مالو تصادقا على صدور البيع ، ثم اختلفا في حال الرجوع أو تصادقا على صدور الرجوع ، ثم اختلفا في حال البيع ، اخذنا بالاقرار السابق .

قلت : لعل مبنى كلام بعض الشافعية - كما يؤمي إليه التعليل - على انكار الراهن الرجوع قبل البيع المتفق عليه بينهما في الأول ، من غير اعتراف بالرجوع بعده ، وعلى إنكار المرتهن البيع قبل الرجوع المتفق عليه بينهما في الثاني ، و هو

كذلك ، إلا أنه غير مفروض الاصحاب فلايكون تفصيلا فيه .

أمّا ما في جامع المقاصد فيصعب الفرق بينه وبين مفروض الاصحاب ، والإقرار بعد أن كان الفعل من غير المقرّ قد يمنع الأخذ به ، فتأمل جيدا .

نعم بقي شيء أشار اليه الشهيد في الدروس و الحواشي وتبعه عليه غيره ، وهو أن كلام الأصحاب يتم فيما إذا أطلق الدعويان ولم يعينا وقتا للبيع أو الرجوع ، و أما إذا عينا وقتا و اختلفا في الآخر فلايتم ، لأنهما إذا اتفقا على وقوع البيع يوم الجمعة مثلاً ، واختلفا في تقديم الرجوع عليه وعدمه ، فالاصل التأخر ، وعدم التقدم، فيكون القول قول الراهن ، و ينعكس الحكم لواتفقا على عدم وقت الرجوع ، و اختلفا في تقدم البيع عليه وعدمه ، وهذه مسألة تأخر مجهول التاريخ عن معلومه ، وقد حققنا الكلام فيها في مقام آخر .

ولعل إطلاق الأصحاب هنا و في مسألة الجمعتين و مسألة من اشتبه موتهم في التقدم و التأخر ، ومسأله تيقن الطهارة و الحدث وغيرها شاهد على أن أصالة التأخر إنما تقتضي بالتأخر على الإطلاق ، لابالتأخر عن الآخر ومسبوقيته به ، إذ وصف السبق حادث ، و الاصل عدمه، فيرجع ذلك إلى الأصول المثبتة : وهي منفية ، فأصالة الرهن هنا حينئذ بحالها ، إلا أن الإنصاف عدم خلو ذلك عن البحث و النظر ، خصوصاً في المقام فتأمل جيدا و الله أعلم .

ولو كان التصرف المأذون فيه الذي اختلف في الرجوع به قبل وقوعه أو بعده انتفاعاً كسكنى وركوب ، ونحوهما ، بناء على أن الواقع منهما بغير اذن يوجب أجرة تكون رهنا ، فقد يقال : ان القول قول الراهن ،لتعارض الأصلين فيبقى أصل براءة الذمة سالما هنا عن المعارض ، اللهم إلاّ أن يقال إنّ الأصل في منافع الرهن على الضمان ، فيكون واردا على أصل البراءة قاطعا له . ولوتلفت العين ، فوقع النزاع بينهما أن اتلافها كان قبل الرجوع أوبعده ، فقد يقال : أيضا بتقديم قول الراهن ، لأصالة البراءة أيضاً من القيمة ، اذ استصحاب الرهانة بعد انعدام الموضوع غير معقول ، لكن قد يقوى خلافه ، لان التلف لاينافي جريان الاستصحاب إلى حال التلف ، فيكون رهنا

تالفاً فتأمل جيدا . والله أعلم .

المسألة ﴿ السابعة ﴾ الظاهر أنه ليس للمرتهن الزام الراهن بالوفاء ، بعين الرهن ، وإن كان مجانسا للحق ، للأصل و غيره ، نعم له الزام المرتهن بالقبول مع التجانس ، وليس له طلب البيع ، ولو كان مخالفا للحق واتفقا على دفعه عنه أو بيعه بالموافق أو المخالف ، كان لهما ذلك قطعا ، لأن الحق لهما، وكذا في الرهن الموافق للحق .

و﴿إذا﴾ اتفقا على البيع ، و ﴿ اختلفا فيما يباع به الرهن ﴾ فأراد أحدهما بيعه بالنقد الغالب ، وآخر بغيره ﴿بيع بالنقد الغالب في البلد ﴾ باذن الحاكم ، من غير فرق في طالب الغالب بين كونه الراهن أو المرتهن ، لأن لكل منهما حقا في العين ، ﴿ و ﴾ حينئذ فلا بدّ من استيذانه لـ ﴿ يجبر الممتنع ﴾ أو يأذن بالبيع عليه ، نعم لو كان المرتهن مثلا وكيلا لازما و أراد بيعه بالغالب لم يتوقف على إذن الحاكم ، ولم يلتفت إلى معارضة الراهن المخالفة للشرع ، لانصراف الاطلاق إلى الغالب شرعا وعرفا .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو طلب كل واحد منهما نقدا غير النقد الغالب وتعاسرا ردهما الحاكم إلى الغالب ، لأنه الذي يقتضيه الاطلاق ﴾ بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا .

لكن قد يناقش أولا : بأن المتجه إجابة المالك لو كان طالبا للبيع بمساوي الحق ، و إن لم يكن الغالب ، لأن المراد منه وفاء عين الحق ، وليس للمرتهن غرض بالبيع بالنقد الغالب أو غير مساوي الحق ، حتى يصلح لأن يكون معارضا لذلك ، ولا إطلاق في الأدلة بحيث يعارض ذلك ، بل ربما ظهر من قوله ﷺ ـ في خبر خوف جحود الورثة [1] المتقدم سابقا « فليأخذ ماله مما في يده » ـ أن الرهن يباع بمساوي الحق ، فيجاب إليه حينئذ من أراده منهما ، و إن كان المرتهن .

وربما يؤيده أنه المنساق من الاستيثاق ، بل يؤيده أنه لو لم يكن له ذلك ، لأدّى

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من ابواب أحكام الرهن الحديث ـ ١

إلى الضرر على المرتهن بالنقد ، ثم النقل ، لعدم دليل يقتضي الزام الراهن شراء الحق بثمن الرهن في المرتبة الاولى ، أللهم إلاّ أن يجعل ذلك هو الغاية ، فيقال للراهن التغليب مالم يستلزم الضرر على المرتهن بالتعطيل ، أويقال ليس للراهن إلاّ البيع بالنقد الغالب أولا ، ثم ليس له إلاّ شراء عين الحق بالثمن إذا لم يرض المرتهن فتأمل جيدا .

أو يقال أن مبنى كلام الأصحاب على وجوب قبول المرتهن الثمن الغالب عوضا عن حقه وافقه أوخالفه ، لأن مبنى الرهانة على ذلك ، إلا أنه كما ترى فيه هدم لقاعدة استحقاق المستحق عين ماله من غير دليل ، إذ ليس في الادلة إلا بيعه وهو أعم من ذلك اذ يمكن ارادة أنه يباع ويشترى بثمنه عين الحق ، و دعوى - أن الرضا بالارتهان مقتض للرضا بأخذ الثمن ، عوضا عن حقه و إن خالفه - واضحة المنع ، كدعوى أن ذلك حكم شرعي لا مدخلية فيه لرضاهما ، فتأمل جيدا .

وثانياً : أنه لامعنى لرد الحاكم لهما إلى الغالب بعد ان اتفقا على عدمه ، والحق منحصر فيهما ، و قطع نزاعهما يكون بترجيح أحدهما على الآخر بمساواة الحق ونحوها ، فان لم يكن فالقرعة ، أواختيار الحاكم .

هذا ولكن ليس في كلام من تعرض للمسألة من الأصحاب شيء من ذلك ، قال في القواعد : في فروع وضع الرهن على يد العدل : « ولو عيّنا ثمنا لم يجز له التعدى فان اختلفا لم يلتفت إليهما إذ للراهن ملكية الثمن ، وللمرتهن حق الوثيقة ، فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد ، وافق الحق أو قول أحدهما أولا ، وإن تعدد فبالأغلب فان تساويا فبمساوي الحق ، فان باينهما عين له الحاكم »

وقال في التذكرة في فروع العدل أيضاً « لواختلف المتراهنان فقال أحدهما : بع بدنانير ، وقال الآخر : بع بدراهم ، لم يبع بواحد منهما ، لا ختلافهما في الاذن ، ولكل منهما حق في بيعه ، فللمرتهن حق الوثيقة في الثمن ، واستيفاء حقه منه وللبايع ملك الثمن ، فاذا اختلفا رفعا ذلك إلى الحاكم ، فيأذن له أن يبيعه بنقد البلد ، سواء

كان من جنس حق المرتهن أو لم يكن ، وسواء وافق ذلك قول أحدهما أو خالفه ، لأن الحظ في البيع يكون بنقد البلد ، ولو كان النقدان جميعا نقد البلد ، باعه بأعلاهما، وان كانا متساويين في ذلك باع بأوفرهما حظاً ، فإن استويا في ذلك ، باع بماهو من جنس الحق منهما ، فإن كان الحق من غير جنسهما باع بما هو أسهل صرفا إلى جنس الحق وأقرب اليه ، فإن استويا في ذلك ، عين له الحاكم أحدهما فباع به ، وصرف نقد البلد اليه».

و قال في الدروس : « ولو اختلفا فيما يباع به ، بيع بنقد البلد ، بثمن المثل حالا ، سواء كان موافقا للدين أو اختيار أحدهما ، أم لا ، ولو كان فيه نقدان بيع بأغلبهما ، فإن تساويا فبمناسب الحق فان باينناه عيّن الحاكم إن امتنعا من التعيين ، ولو كان أحد المتباينين أسهل صرفا الى الحق تعين » الى غير ذلك من عباراتهم التي لا تعرض فيها لشيء ممّا ذكرنا ، كما لا تعرض فيها لبيان البلد الذى يعتبر البيع ، بنقده الغالب ، هل هو بلد البيع ، أو بلد الرهانة ، أو بلد المرتهن ، أو بلد الراهن ، إذ لا اشكال مع اتحاد الجميع ، أما مع الاختلاف ففيه إشكال ، وان كان ترجيح بلد البيع لا يخلو من وجه ، ولعل إرجاع الأمر الى الحاكم مع التنازع في هذا الحال فيقطعه بنظره أولى .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لو كان للبلد نقدان غالبان ﴾ متساويان إذ لو كانا متفاوتين بيع بالاغلب ، بل قد يندرج في السابق أما مع التساوى ففى المتن ﴿ بيع بأشبههما بالحق ﴾ والظاهر إرادة الموافقة من المشابهة ، ويمكن إرادة الاعم من ذلك، ترجيحا لجانب المرتهن الذي كانت الحكمة في مشروعية الارتهان له استيفاء حقه من الرهن ، ولاريب في أولوية استيفائه أولا على غيره .

لكن قد سمعت ما في التذكرة أنه مع التساوى يباع بأوفرهما حظاً ، وكأنه رجح مصلحة المالك ، أما مع المباينة فظاهر المتن و صريح القواعد البيع بما عيّن الحاكم ، إلا أنه قد تقدم ما في الدروس أن البيع بالأسهل صرفا إلى الحق ، و في

المحكي عن التحرير بيع بأقربهما حظاً ، وفي المسالك هو أقعد من الجميع ، فإنه ربما كان عسر الصرف إلى الحق أصلح للمالك . قلت : و الكلام في اعتبار مراعاة مصلحة المالك . فتأمل جيدا والله أعلم .

المسألة ﴿ الثامنة : إذا ادعى ﴾ المرتهن ﴿ رهانة شيء ﴾ مخصوص ﴿فأنكر الراهن ، و ذكر أن الرهن غيره ، وليس هناك بينة ، بطلت رهانة ماينكره المرتهن﴾ بلاخلاف أجده فيه ، لكونه جايزاً من قبله ، فيكفي في فسخه إنكاره ، الظاهر في عدم الرضا بكونه رهنا الآن ، ولكنه لا يخلو من تأمل ، خصوصا بعد ما تسمعه عن الارشاد إن لم يكن اجماعاً ، كما يظهر من تتبع كلماتهم في نظائر المقام ، كانكار الطلاق الرجعي وغيره ممّا صرحوا بكونه فسخامن المنكر فلاحظ و تأمل .

﴿و﴾ إذا بطلت رهانة ما أنكره المرتهن ﴿ حلف الراهن على ﴾ نفي رهانة ﴿ الآخر ﴾ الذي ادعاه المرتهن ، لانه منكر بلا إشكال ، كما لو قال : رهنت العبد فقال المرتهن : بل هووالجارية ﴿و﴾ حينئذ فاذاحلف الراهن في الفرض ﴿خرجا﴾ معاً ﴿ عن الرهن ﴾ فيظاهر الشرع ، لكن عن الارشاد أنهما يتحالفان ، ولعلّه لعدم البطلان بالانكار الذي هوأعم من الفسخ ، وفيه مضافا إلى ما عرفت من ظهور الاتفاق على كونه فسخا ، أن له طريقا إلى التخلص عن اليمين بالفسخ على تقدير الرهانة ، لأنه جايز من قبله ، فتكليفه باليمين التي مرجعها إلى الفسخ الذي يمكن وقوعه منه بدونها لا وجه له ، فلا ريب في أن الاقوى ما ذكره الاصحاب الذين هو من جملتهم في القواعد ، والمحكي عن التذكرة .

نعم قد يتجه التحالف لو كان ما اختلفا في رهنه شرطا في بيعه ، كما اختاره الشهيدان ، ومال إليه ثاني المحققين ، لرجوعه حينئذ إلى الاختلاف في الثمن ، إذ الشرط من مكملاته ، فيتحالفان حينئذ على كيفيّة الشرط و يتسلّط البايع مثلا حينئذ على فسخ العقد ، لعدم سلامة الشرط الذى اتفقا عليه فى الجملة له ، لكن في القواعد أن الاقوى تقديم قول الراهن أيضا ، وهو لا يخلو من وجه لاصالة اللزوم وعدم ثبوت عدم الوفاء بالشرط ، بحيث يتسلط به على الفسخ ، إذ لعلّه

ما انكر رهانته فيكون هو المفوّت لشرطه ، فلا يفسخ بمجرد الاحتمال فإذا لم يكن له الفسخ لم يتوجه عليه اليمين ويختص اليمين بالراهن ، وهو قوي جداً ، ولا غرابة في بقاء العقد بلا شرط ، و إن اتفقا معا عليه ، بعد الجريان على الضوابط ، كما أومى إليه فخر المحققين في المحكي عنه ، فلاحظ و تأملّ . والله أعلم .

المسألة ﴿ التاسعة : لو كان له دينان أحدهما برهن ﴾ والآخر بلا رهن مثلا ﴿فدفع﴾ الراهن ﴿اليه مالا واختلفا﴾ في أنه عن ذي الرهن ، أو عن فاقده ﴿فالقول قول الدافع﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ لأنه أبصر بنيته ﴾ التي لا تعلم إلا من قبله ، بل ربما قيل : بأن القول قوله بلا يمين ، لذلك ، لكن يمكن أن يكون قد علم المرتهن منه ذلك ، ولو بقرائن فيحتاج إلى اليمين حينئذ في النفي ، خصوصا بعد مشروعيتها لنفي التهمة ، أما لو ادعى المرتهن عليه الاقرار ، فلا إشكال في توجه اليمين ، والأمر في ذلك سهل .

إنما الكلام فيما إذا اعترف الدافع بأنه لم ينو أحدهما حال الدفع ، فقد يحتمل التوزيع ، وبقاء التخيير ، فله أن يصرفه الآن إلى ماشاء ، بل جزم في جامع المقاصد بالأول ، لصحة القبض والدفع ، وليس أحدهما أولى من الاخر ، ولأنه قد ملكه ملكا تاما ، فإما عن الدينين ، أو عن أحدهما بعينه ، أولا عن أحدهما ، أو عن أحدهما لا بعينه ، والكل باطل إلا الأول ، لاستحالة الترجيح بلا مرجح ، وملك المقضى به مع عدم زوال المقضي عن الذمة ، ولأنه إن لم يزل عن ذمته شيء منهما لزم المحال ، وإلا كان هو المقضى عنه .

لكن فيه أن الفعل المشترك لا ينصرف من دون تعيين ، فالتوزيع محتاج إلى مرجح أيضاً ، و عدم اعتبار ذلك في قضاء الدين إنما يسلم مع عدم اختلاف جهة الدين لعدم ما يترتب حينئذ على النية ، أما مع الاختلاف ولو بتعدد الغريم فلا . لأصالة بقاء المال على ملك الدافع ، وبقاء شغل الذمة ، و حينئذ فان كان مبنى الاحتمال الثاني ذلك ، كان له وجه ، وإلا فهو مشكل .

اللهم إلا أن يدعى أنه و إن ملكه القابض ، لكن إذا تعقب بالتعيين بعد ذلك ينكشف الملك على هذا الوجه من حين الدفع و به حينئذ يرجح على التوزيع وغيره أو يقال إنه بالدفع يملك على الغريم ما قابله مما في ذمته على وجه التخيير له في التعيين .

وقد يحتمل القرعة أيضا ،كما احتملت فيما إذا كان له زوجتان أو زوجات ، فقال: زوجتي طالق ،ولم ينو واحدة منهما، فا ن المحكي عن الشيخ والفاضلين والشهيد احتمالها، واحتمال التعيين بعد ذلك ، فيقع الطلاق حينئذ من حينه ، أو حين اللفظ ، قيل : وكذا لو أسلم على أكثر من أربع ، أو دفع الزكاة وكان له مالان غائب وحاضر . أو سمّى ولم ينو سورة معينة ، أو كان له خيار حيوان ، وشرط وأسقط من خياره يومين، لكن فيه ـ بعد الفرق بين بعض الأمثلة أو جميعها ، وبين المقام ـ أنه قد يلتزم القائل بالتوزيع مثله في القابل منها ، لعدم الإشكال حينئذ معه ، وغير القابل يفزع إلى القرعة ، أو غيرها .

وعلى كل حال فمما ذكرنا يعرف الحال في نظاير المسألة . كما لو تبايع كافران درهما بدرهمين ، و دفع مشترى الدرهم درهما ، ثم أسلما فا نه إن قصد به الفضل ، بقي عليه الأصل و إن قصد الأصل فلا شيء عليه ، و إن قصدهما وزع و سقط ما بقي من الفضل و إن لم يقصد فالتوزيع. أو التعيين الآن،او والبطلان كما ذكرنا،وقد يحتمل هنا الاحتساب من الاصل ، لانه الدين حقيقة وغيره حكما ماداما على الشرط . فتأمل وكما لو كان لزيد عليه ماءة ولعمرو مثلها ، ووكلا من يقبض لهما ، ودفع المديون لزيد أو لعمرو أو لهما فذاك ، وإلا فالوجوه والبطلان هنا أقوى منه فيما تقدم ، ولو اقتص الغريم حيث يجوز له ذلك ، احتمل كون المدار على نيته ، لكن ينبغي مراعاة المصلحة والتوزيع ، ولو دفع الحاكم عن المماطل كان الاعتبار بنيته ، لانه الولي .

نعم لو نوى المماطل بعد القهر بما دفعه الحاكم أمكن اعتبار نيته ، كما لو قهره الحاكم على الدفع فنوى ، و قد يحتمل اعتبار نية القابض ، ولو لم ينو أحد منهم

احتمل التوزيع ، و التعيين ، والبطلان ، وفي القواعد « ولو أخذ من المماطل قهراً فالاعتبار بنيته ، ويحتمل القابض » ولو فقدت فالوجهان أي التوزيع و التعيين بعد ذلك والله أعلم .

﴿ وان اختلفا في ردّ الرهن فالقول قول الراهن مع يمينه إذا لم يكن له ﴾ اى المرتهن ﴿ بينة ﴾ بلاخلاف اجده فيه لانه منكر ، باعتبار موافقته لأصالة عدم الرد ، وكون المرتهن امينا أعم من تصديقه في ذلك ، والقياس على الودعي ـ مع أنه باطل عندنا ـ قديفرق بينهما ، بالقبض لمصلحة المالك ، فيكون محسنا لاسبيل عليه ، وعدمه ، وكذا المستعير والمقارض والوكيل بجعل وغيرها والله أعلم .



(كتاب المفلس)

﴿ المفلس ﴾ بالكسر لغة ﴿ هو الفقير الذى ذهب خيار ماله وبقي فلوسه ﴾ و نحوه ما في القواعد من أنه من ذهب جيّد ماله ، و بقي رديه ، فصار ماله فلوسا و زيوفا ، ولعل العرف الآن على كون المفلس بالكسر أعم من الذاهب خيار ماله ، بل هو شامل لمن لم يكن له مال من أول أمره إلّا الفلوس . نعم قد يقال إن المفلس بالفتح عرفا ذلك ، على أنه لا يخلو من بحث ، وعن المبسوط أن المفلس لغة هو الفقير المعسر و هو مشتق من الفلوس ، وكان معناه نفي خيار ماله وجيّده ، وبقي معه الفلوس ، و عن التحرير أنه مأخوذ من الفلوس التي هي آخر مال الرجل .

وعن التذكرة الإفلاس مأخوذ من الفلوس ، وقولهم أفلس الرجل كقولهم أخبث أي صار أصحابه خبثاء ، لأن ماله صار فلوسا وزيوفا ، ولم يبق له مال خطير ، و كقولهم أذلّ الرجل: أى صار إلى حالة يذل فيها ، وكذا أفلس أي صار إلى حالة يقال فيها ليس معه فلس ، أو يقال لم يبق معه إلا الفلوس ، أو كقولهم أسهل الرجل و أحزن، إذا وصل إلى السهل والحزن ، لأنه إنتهى أمره إلى الفلوس .

والاصل أن المفلس في عرف اللغة هو الذي لا مال له ، ولا مايدفع به حاجته ، ولهذا لما قال النبي ﷺ : [1] « أتدرون ما المفلس ؟ قالوا : يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع ، قال : ليس ذلك المفلس ، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة حسناته أمثال الجبال ، ويأتي و قد ظلم هذا ، وأخذ من عرض هذا ، فيأخذ هذا من

---

(١) صحيح مسلم ج٣ كتاب البر والصلة الحديث ٥٩ طبع دار احياء التراث العربى بيروت ،مسند احمد بن حنبل ج ٢ ص ٣٠٣ طبع دار صادر بيروت .

حسناته وهذا من حسناته ، فان بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم ، فيرد عليه ، ثم صار إلى النار» .

و عن القاموس : أفلس إذا لم يبق معه مال ، فكأنما صارت دراهمه فلوسا ، أو صار بحيث يقال:ليس معه فلس ، وفلسه القاضي تفليسا ، حكم با فلاسه ، قلت :لاريب في أن أفلس بالمعنى الذى ذكروه ، فيكون لازما ، واسم الفاعل منها مفلس بالكسر، ولايكون منها اسم مفعول . نعم فلس بالتشديد اسم مفعولها مفلّس ، والظاهر أن ما ذكره في القاموس أخيرا من جملة خبطه في المعاني ، إذ الظاهر أنه اراد بذلك المعنى الشرعي ، وعلى كلحال ففي العرف ــ الكاشف عن اللغة للاصل ــ أن المفلس بالكسر الفقير الذى لامال له يعتدّ به عنده ، والمفلس الذى ذهب جيّد ماله وبقي معه الفلوس ﴿ و ﴾ ربما اطلق على الاول عرفا .

أما ﴿ المفلس ﴾ بالفتح شرعا ، ولو على جهة المجاز أو الحقيقة المتشرعة أو الشرعية بناء على ثبوتها في مثله ، ففي المتن ﴿ هو الذي جعل مفلسا ، أي منع من التصرف فيأمواله ﴾ وفي القواعد من عليه ديون ، ولامال له يفي بها ، وهو شامل لمن قصر ماله ومن لامال له ، بناء على عدم استدعاء السالبة وجود الموضوع ، وفيالمسالك نسبة هذا التعريف إلىأكثر الفقهاء منا ومن العامّة ، عليه يكون المفلس ذلك ، وإن لم يحجر عليه .

ويشهد له قولهم ، لومات المفلس قبل الحجر عليه لم تترتب الاحكام ، و شرط الحجر على المفلس التماس الغرماء ، و غير ذلك مما قيل إنه صار بسببها حقيقة ، لكثرة الاستعمال ، بحيث يبعد حمله على ارادة المجاز ، وحينئذ يكون الفلس سابقا على الحجر و مغايراله ، و هو أحد أسبابه كما ذكروه ، لاعينه ولاجزء مفهومه .

نعم قد يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس ، كما يقال : فلّسه القاضي لكنه من باب إطلاق اسم السبب على المسبب ، وحينئذ فلامانع من اجتماع الفلس والصغر ، كما إذا استدان الولي للصبي إلى هذه المرتبة ، وكذا السفيه ، ولايمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبي المفلّس ، لأنه ليس بشرط في تحقق مفهومه شرعا،

و عليه فبين المعنى اللغوي والشرعي عموم من وجه ، يجتمعان فيمن عليه الديون ولا مال له ، وينفرد اللغوي بمن ذهب ماله ، وليس عليه دين ، ٠الشرعي بمن له مال كثير ولكن عليه دين يزيد على ماله ، وبه جزم في المسالك . قال : « و على مايظهر من تعريف المصنف يكونان متباينين » .

قلت: فيه أولا: أنه على تعريف المصنف بينهما العموم من وجه ، ضرورة ملاحظته بالنسبة إلى المصداق ، فالمحجور عليه تارة يكون عليه الديون ، ولا مال له ، أوله مال فلوس فيجتمعان فيه ، وينفردان بما ذكره هو أيضا ، و ثانيا أن الحق كون المفلس شرعا من حجر عليه لقصور ماله عن ديونه ، اولعدم ما في يده ، فيكون التحجير عليه بالنسبة إلى المتجدد ، كما صرح به الفاضل و إن كان لنا فيه بحث ، تسمعه إنشاءالله تعالى ، فقبل الحجر لايسمى المديون مفلسا شرعا ، و ان استغرقت ديونه أمواله ، و زادت عليها،كما يشهد لذلك التأمل لكلماتهم ، والمناسبة لمعنى اسم المفعول في المفلس ، اذمنع الحاكم له من التصرف يكون كأخذ فلوسه منه ، وبه صرح المحقق الثاني ، والأمر سهل والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿ لايتحقق الحجر عليه إلابشروط أربعة ﴾ وفي القواعد والتذكرة خمسة ، بزيادة المديونية التي ترجع إلى ﴿ الاول ﴾ و هو ﴿ أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم ﴾ الذي أراد التحجير عليه ، أو غيره ضرورة اصالة بقاء سلطنته مع عدم الثبوت ، بل هو ليس مفلسا شرعا كما عرفت .

﴿ الثاني : أن تكون أمواله ﴾ من عروض و منافع و ديون غير المستثنيات في الدين ﴿ قاصرة عن ديونه ﴾ فإن لم تكن قاصرة فلاحجر عليه اجماعا محكيا في جامع المقاصد والمسالك و ظاهر التذكرة ، بل طالبه أرباب الدين ، فإن قضى وإلا رفعوا أمرهم إلى الحاكم ، فيحبسه إلى أن يقضي ، أو يبيع عليه ويقضي عنه ، لأنه ولي الممتنع ، ولايمنع في هذا الحال عن التصرف في أمواله ، فلو تصرف فيها بحيث أخرجها عن ملكه ، قبل وفاء الحاكم بها نفذ تصرفه ، وانتقل حكمه إلى من لم يكن عنده مال لديونه ، للاجمال في التذكرة على اشتراط منع التصرف بالحجر، كما هو مقتضى الأصل.

﴿ ويحتسب من جملة أمواله معوضات الديون ﴾ لأنها من أملاكه سيما فيما لايكون لاهلها الرجوع فيها، كما أنه يحتسب أعواضها من ديونه، بلاخلاف أجده بيننا.

نعم عن بعض العامة أنها لاتقوم عليه ، لأن لأربابها الرجوع فيها ، فلاتحتسب من ماله ولاعوضها عليه من دينه ،وفيه ـ مضافا الى ماعرفت من أنه قد لايكون لأربابها الرجوع ، وثبوته بالفلس إنما يكون بعدالتحجير لاقبله ، على الأصح ،كماستعرف ـ أنه لايمنع ذلك من احتسابها من امواله ، بعد أن كانت من أملاكه ، فمع عدم القصور بها تبقى حينئذ سلطنته على ماله ، بل الظاهر بقاؤها إذا كانت له أموال مؤجلة بها يرتفع القصور ، أو أموال غايبة ، بل لو كانت على معسرين أمكن القول ببقاء السلطنة للأصل ، لكنه لايخلو من اشكال ، ونحوهم من لايتمكن من الاستيفاء منهم ،ولوظلما وكذا الاموال المغصوبة .

﴿ الثالث : أن تكون حالّة ﴾ لعدم الاستحقاق مع التأجيل . فلايحجر عليه، و إن لم يف ماله بها لوحلّت ، للأصل ، ولوكان بعضها حالا حجر عليه مع القصور ، وسؤال أربابها ، فيقسم ماله حينئذ بينهم ، ولايدخر للمؤجلة شيء حتى أعواضها ولا يدام الحجر عليه لها ، كما لايحجر بها ابتداء ، و دعوى حلولها بالتحجير - كماعن الشافعي و احمد و مالك ـ واضحة الفساد ، لعدم الدليل القاطع ، للاصل حتى القياس على الميت ، لظهور الفرق بينهما ببقاء الذمة ، وقابلية الاكتساب وغيرهما ، كماهو واضح.

﴿الرابع: أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه﴾ إذ الحق لهم ، فلايحجر عليه مع عدم التماس أحدهم ، للأصل ، إلا أن يكون الدين لمن هو وليه ، من يتيم أو مجنون أو نحوهما ، دون الغائب الذي لاولاية له عليه بالنسبة الى استيفاء دينه، بل يعتبر في التحجير عليه بالتماس البعض أن يكون دينه مقدارا يجوز الحجر به عليه للأصل وان عم الحجر حينئذ له ولغيره ، من ذى الدين الحال الذي يستحق المطالبة به ، وبذلك افترق عن المؤجل ، مع أنه لم يثبت التحجير لبعض الدين الحال ،خلافا للتذكرة ، فاستقرب جواز الحجر بالتماس البعض ، وإن لم يكن دين الملتمس زائدا عن ماله ، ولادليل عليه يقطع الاصل ، والضرر عليه يرتفع عنه باجبار الحاكم له على الوفاء.

﴿ و ﴾ على كل حال فقد بان لك انه ﴿ لو ظهرت امارات الفلس ﴾ عليه مثل أن يكون نفقته من رأس ماله ، أو يكون ما في يده بازاء دينه ، ولا وجه لنفقته إلا ما في يده ﴿ لم يتبرع الحاكم بالحجر ﴾ عليه للأصل ، فهو حينئذ كمن لم يظهر عليه أماراته ، مثل أن يكون كسوبا ينفق من كسبه ، خلافا للشافعي فجوز الحجر على من ظهرت عليه امارات الفلس ، ولاريب في ضعفه ، كضعف ما يحكى عنه أيضا من جواز الحجر على من ساوت أمواله ديونه .

﴿ و كذا ﴾ لايحجر عليه الحاكم ﴿ لو سأل هو الحجر ﴾ على نفسه ، من دون التماس الغرماء ، للاصل السالم عن المعارض ، لكن استقرب في التذكرة جواز اجابته ، لان فيه مصلحة له ، ببراءة ذمته ، فكما يجاب الغرماء في ملتمسهم حفظا لحقوقهم ، يجاب هو أيضا ليسلم من حق الغرماء ، و من الإثم بترك وفاء الدين ، ولما روي عن النبي صلى الله عليه وآله (١) « أنه حجر على معاذ بالتماسه خاصة » و فيه ان الخبر لم يثبت من طرقنا فليس حجة ، سيما مع كون المشهور كما في المسالك على خلافه . والأول اعتبار لايصلح مدركا لحكم شرعي .

و ما أبعد ما بينه ، و بين المحدث البحراني الذى توقف في أصل الحجر بالفلس ولو مع الشرائط محتجا بأنه ليس في النصوص ما يدلّ عليه .

وفيه مع عدم انحصار الحجية فيها ، بل الاجماع بقسميه هنا كاف في ذلك ، على أن الموجود منها هنا غير خال من الاشعار ، بل الظهور ، سيّما النبوي المتقدم آنفا ، ففي موثق عمّار(٢) عن الصادق عليه السلام « كان أمير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه ، ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص ، فإن أبا باعه فيقسّمه بينهم » ، فإن الأمر بقسمة ماله ظاهر في رفع اختياره في التحصيص لو أراده ، بل هو ظاهر في رفع اختياره لو أراد التصرف فيه على وجه يخرجه عن ملكه، حتى لا يستحق الديانة منه ، بل لعلّ المراد من قوله يحبس ، المنع من التصرف .

---

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص - ٤٨ - .

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من ابواب أحكام الحجر الحديث - ١ - و ذيله

كما يرشد إليه خبر غياث[1] عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «أنّ علياً عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه ، ثم يأمر به فيقسم ماله» الحديث . ضرورة عدم معقولية إرادة غير ذلك من التفليس ، خصوصاً بعد قوله عليه السلام ثمّ الى اخره و منه حينئذ يظهر دلالة خبر الاصبغ بن نباته[2] عن أمير المؤمنين عليه السلام «أنه قضى أن الحجر على الغلام حتى يعقل، وقضى في الدين أنه يحبس صاحبه ، فإن تبين افلاسه والحاجة، فيخلى سبيله حتى يستفيد مالا ، وقضى عليه السلام في الرجل يلتوى على غرمائه أنه يحبس ثم يأمر به ، فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص ، فإن أبا باعه فيقسم بينهم» .

بل وخبر السكوني[3] عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنه كان يحبس في الدين ثم ينظر فإن كان له مال اعطى الغرماء و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء ، و يقول لهم : اصنعوا به ما شئتم ، إن شئتم فاجروه ، وإن شئتم فاستعملوه» .

و كيف كان فلا ينبغي الشك في أصل جواز الحجر بالفلس ، على معنى منع التصرف ، و لعل ذلك من مقتضى نصبه حاكما أيضا ، ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ إذا حجر عليه﴾ استحب له اظهار ذلك ، بحيث لايتضرر معاملوه ، كما في القواعد والتذكرة ، ومحكي المبسوط والتحرير ، لان مثل هذه النصيحة مرادة من الحاكم ، و ﴿تعلق به منع التصرف ، لتعلق حق الغرماء ، و اختصاص كل غريم بعين ماله ، و قسمة أمواله بين غرمائه﴾ فينحصر ﴿القول﴾ فيه حينئذ في هذه الثلثة .

الأوّل : ﴿ في منع التصرف ، و ﴾ لاخلاف بين الاصحاب في أنه ﴿ يمنع من التصرف﴾ إبتداء في المال الموجود حال الحجر ، سواء كان بعوض أو غيره ، بل ولو محاباة ﴿احتياطا﴾ لحفظ المال ﴿للغرماء﴾ ولا يتم إلا بذلك ، ضرورة أنه متى كان له تسلط على المال بوجه ، خيف عليه منه ، فلا ريب في أن الاحتياط ـ لحق الغرماء الذى شرع التحجير عليه له ـ في عموم منع التصرف فيه ، وعن ظاهر الخلاف و كذا

---

(١) المصدر نفسه .

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام الحجر الحديث - ٢ -

(٣) الوسائل الباب - ٧ - من ابواب احكام الحجر الحديث - ٣ -

الفنية الاجماع على منعه من التصرف بماله ، بما يبطل[1] (الغرماء) .

نعم لايمنع مما لم يكن تصرّفا فيه ، كالنكاح والطلاق والقصاص والعفوعنه ، والاقرار بالنسب ، ونحو ذلك ، مما هو ليس تصرفا في المال ، و ان استلزم بعضها ذلك ، كالمؤنة في الاقرار بالنسب ، ونحوه .

كما لايمنع من التصرف المحصل للمال كالاحتطاب والاصطياد ، وأولى منهما قبول الوصية والاتهاب ، والشراء بثمن في الذمة و القرض و نحوها ، مما هو مصلحة للغرماء ، بناءٍ على تعلق حقهم بها أيضاً ، فتدخل حينئذ في الحجر ، كما صرّح به الفاضل والكركي ، وثاني الشهيدين .

لكن قد يشكل باصالة عدم تعلق الحجر بها ، إذ الثابت من تعلقه بالاموال القاصرة حال الحجر لاغيرها، خصوصاً مع الضرر على أصحابها في بعض أفرادها ، كما إذا اشترى في الذمة أو باع سلما ، بناء على عدم جواز الفسخ للبايع ، وإن كان جاهلا كما صرّح به الفاضل وغيره ، للاصل وتعلق حق الغرماء بها ، وأنه لا يشاركهم فيما له من الدين لتجدده ، وستسمع تحقيق الحال فيه انشاءالله تعالى .

و لعله لذلك أو لغيره استشكل في تعلق الحجر بها في الارشاد ، ولم يرجح الشهيد في المحكي عن حواشيه ، وغاية المراد ، بل عن فخر المحققين أن عدم التعلق أولى ، والظاهر أن محل النزاع في أصل مشروعية التحجير فيها وعدمه ، لا في دخولها في اطلاق التحجير وعدمه، المبني على المفروغية ، من جواز التنصيص له على الدخول أو الخروج، كالمفروغية من جواز تجديد الحجر عليها، لاتحاد المدرك فيها وفي سابقها إلا ان ما عدا الاخير يمكن منعه للاصل السالم عن معارضة مايصلح للخروج به عنه بعد القول بعدم حجية كل ظن حصل للمجتهد ، خصوصا ما كان من أمثال هذه الاعتبارات التي يصعب الفرق بينها ، و بين القياس والاستحسان ، وحينئذ فلا يتجه

---

(١) هكذا في النسخ المصححة لكن الظاهر اسقاط النساخ كلمة (حق) والصحيح هكذا (بما يبطل حق الغرماء)

جعل النزاع فيه ، على أن المتجه على تقديره سؤال الحاكم إذا لم يعلم لفظ تحجيره، ولو تعذر اقتصر على المتيقن .

وعلى كل حال لايمنع من أمثال هذه التصرفات ، بل صرّح الفاضل والكركي بعدم منعه من نحو الوصية والتدبير الذي لاضرر فيه على الغرماء ، لكونه بعد الموت الموجب لسبق استيفاء الدين أولا ، و فيه أنه لايتم بناء على بطلان تصرفه ، و سلب عبارته فيما يتعلق بالمال الموجود ، كما هو ظاهر قول المصنف ﴿ فلو تصرف كان باطلا، سواء كان بعوض كالبيع والاجارة ، أو بغير عوض كالعتق والهبة ﴾ بل هو المحكي عن أبي على ، والمبسوط ، والتحرير ، والايضاح ، فيكون حينئذ معنى تحجير الحاكم هنا سلب الأهلية ، بل قيل هو أمر زائد على منافاة حق الغرماء ، وحينئذ لافرق فيه بين الوصية وغيرها ، ولعله لذا جزم الفاضل في المحكي عن قواعده في باب التدبير بعدم الصحة .

اللّهمّ إلاّ أن يفرق بين الوصية وغيرها بأنها تصرف في المال بعد الدين ، بخلاف غيرها ، فإنه تصرف في المال فعلا ، و إن كان لاينفذ على تقدير الصحة إلاّ بعد الوفاء، مضافا إلى أنه يقوى عدم كون التحجير سلب الأهلية ، لعدم الدليل ، بل قولهم بنفوذ تصرف السفيه مع اجازة الولي ينافيه ، وأنه لايقصر بالحجر من التصرف في مال الغير الذي ينفذ بالاجازة ، إذ ليس التحجير إلاّ لمنافاة التصرف لحق الغرماء ، وهو حاصل بعدم النفوذ ، غير متوقف على سلب الأهلية ، ولعله لذا نفى الباس عن عدم البطلان في التذكرة ، وقوّاه في جامع المقاصد ، و في المسالك « لعله أقوى » .

وهو كذلك بناء على أن الفضولي على القاعدة ، بل وان لم نقل بذلك، للفحوى حينئذ ، و دعوى ـ ان المتجه مع الشك في كون التحجير سلب الأهلية أو النفوذ عدم انتقال المال بمثل هذا العقد، وإن تعقبه إجازة أو تبين زيادة مال ، للأصل ـ يدفعها منع الشك ، ولو لعموم « الوفاء بالعقود » [1] أللهم إلاّ أن يمنع شمولها للمشكوك

---

(١) سورة المائدة الاية ـ ١ ـ

في أهلية النقل ، كالمشكوك في أنه يعقد عليه أولا ، لكن فيهما معاً بحث .

و على كل حال فالاقوى صحة عقده ، بل ظاهر جماعة من الاصحاب ، بل هو كصريح التذكرة عدم بطلانه برد الغرماء ، و أنه يبقي موقوفا على أن يقسم المال ، لايباع ولايسلم إلى الغرماء ، فان فضل لارتفاع قيمة غيره ، أولابراء بعض الديانة أو غير ذلك ، نفذ فيه التصرف ، والا بطل ، لسبق التعلق به فيه ، وليس لذوي الدين ابطال التصرف ، وفسخ العقد قبل ذلك ، وهو جيد ، وقد أومأنا إليه في تصرف الراهن ولوكان ماتصرف فيه متعددا ففي القواعد « انه مع القصور يبطل الأضعف ، كالرهن والهبة ثم البيع والكتابة ، ثم العتق » وعن الشافعية احتمال نقض الاخير كما في تبرعات المريض إذا زادت عن الثلث ، لأن المزاحمة إنما وقعت بين ديون الغرماء والاخير ، فيكون السابق ماضياً ، لعدم ما ينافيه ، واستحسنه في التذكرة .

وفيه أن الحجر على المريض إنما هو فيما زاد على الثلث ، فالاخير هو الزائد ، فيكون باطلا دون ما سواه ، بخلاف المفلس ، فانه محجور عليه في الجميع ، فلايظهر فرق بين الأخير وغيره لان الجميع كالفضولي ، فينبغي أن يقال حينئذ: جميع التصرفات موقوفة ولابد من إبطال بعضها ، ولا أولوية لبعض على غيره ، بشيء من الاعتبارين ، لأن المتقدم والمتاخر سواء في كونهما موقوفين ، والضعيف والقوي سواء في كونهما غير نافذين ، ولافرق بين العتق وغيره في ذلك ، فيقرع حينئذ ، أو يخيرون ، كما لووقع التصرفات دفعة واحدة ، وقد يحتمل البطلان في الجميع ، و فيه ضعف .

لكن في جامع المقاصد « التحقيق أنالو قلنا : أن الاجازة كاشفة لاناقلة كانت جميع التصرفات مراعاة بوفاء الدين ، فيظهر للتقدم أثر حينئذ ، و حيث أنا رجحنا هذا القول فيما سبق كان ذلك أقوى » و فيه نظر يعرف من ملاحظة ماسلف لنا في تصرف الراهن. فلاحظ وتأمل ، ولوكان التصرف بيعا ونحوه على الغريم صح ،ضرورة ظهوره في إرادة الشراء الصحيح المستلزم للرضا بالتصرف ، فلوباعه حينئذ منه بالدين وليس سواه صح لما ذكرنا ، لالما في القواعد « من أن سقوط الدين يسقط الحجر » إذ هو مستلزم للدور ، أو اقتران صحة البيع ، وارتفاع الحجر المنافي لتقدم الشرط

الذي هو رفع الحجر على المشروط ، وهوصحة البيع .

ولوظهر غريم بعد ذلك فقديحتمل بطلان البيع من رأس ،لعدم تصورمشاركته في الثمن الذي هو الدين والبطلان في مقدار ما يقابل دينه من العين ، والرجوع على المشتري بمقدار مايقابلها ولعل الاقوى الاول ، بناء على عدم تصور التبعيض في حق الحجر ، فمتى بطل بالنسبة إلى أحدهما بطل بالنسبة الى الجميع ، لأن حق كل منهم يتعلق بتمام العين ، حتى لو أبرأ أحدهم ذمة المفلس بقي حق الاخر متعلقا بالجميع ، ولايفك من العين مقدار الدين ، ولافرق في الحكم المزبور بين كون البايع الحاكم أوالمفلس ، أما لو باعه من الغريم بثمن غير الدين ثم ظهرغريم صح وشاركه في الثمن بالنسبة ، إذاكان البيع من الحاكم بثمن ، إذ الظاهر عدم توقف صحة البيع على حضور كل غريم في الواقع ، ولوكان البايع المفلس بتخيل انحصار الغريم في المشتري ثم بان وجود غيره ، فقد يظهر من بعضهم نفوذ البيع ، للعمومات ، لكن قد يشكل بتعلق حقه واقعا في العين ، فبعد ظهوره لابد من مراعاته كغيره من الغرماء الظاهرين ، فتأمل جيدا .

ولواشتري المفلس مالا في الذمة وقد اشترط عليه التصرف فيه بعتق أو هبة او نحوهما فالمتجه البطلان ، بناء على سلب عبارته في كل مال موجود حال الحجر أو متجدد ، لانه حينئذ يكون شرطا غير مقدور ، فيفسد و يفسد العقد به ، بناء على أن فساد الشرط مقتض لذلك ، و إن قلنا بعدم سلب عبارته ، فيصح العقد قطعاً مع علم المشتري بحاله ، و يوقع التصرف المشروط ، فإن نفذ لا تفاق زيادة المال فلا إشكال ، و إلا أمكن اختصاص الغرماء به ، وعدم تسلط البايع على الخيار ، سيما إذ كان عالما بالحال لتعلق حق الغير ، وعدم تقصير المشتري في استطاعته من التصرف .

ويحتمل تسلطه لعدم انتقال المال إلى المفلس إلاعلى هذا الوجه ، فهو كالخيار المشروط فيما لواشترى بالذمة والأقوى صحة اصل العقد ونفوذ التصرف لاصالة عدم منعه عن مثل هذا التصرف المستحق عليه بالشرط بعد ان انتقل المال اليه على هذا

الوجه كما هوواضح، هذاكله في انشاء التصرف .

﴿ أمالو أقرّ بدين سابق صحّ ﴾ في الجملة بلاخلاف أجده فيه ، بل قيل إنه كذلك قولاً واحداً . نعم عن شرح الارشاد أنه حكي عن بعض الأصحاب عدم صحة إقراره مطلقا ، ولم نعرفه مع وضوح فساده ، لمنافاته لما دلّ على جواز اقرار العقلاء على انفسهم(١) واحتمال سلب الأهلية إنما هو في خصوص انشاء التصرفات بالأعيان ، أما الاخبار بالدين فلاوجه له معتدّ به فيه ، كما هوظاهر .

بل في المتن ومحكي المبسوط والخلاف والتذكرة والتحرير أنه صحّ ﴿وشارك المقرّ له الغرماء﴾ بل عن غاية المراد حكايته عن أبي منصور الطبرسي ، بل هوقرّ به في المحكي عن حواشيه ، لكن بشرط أن يكون عدلا، لعموم جواز الاقرار المقتضي كونه كالبينة شرعا في الاثبات ، واحتمال التهمة يدفعه أن الاقرار في حقه اكثر منه ضرراً في حق الغرماء ، وفيه أن العموم إنما يدل على لزومه ، ونحن نقول به ، وعدم مشاركته باعتبار معارضته لحق الغير الذى لاينفذ هو فيه ، إذ حق الغرماء قد تعلق بالأعيان بل قيل إنه اقوى تعلقا من حق الرهانة ، و بذلك يظهرلك الفرق بينه وبين البينة التي لم يفرق الشارع في نفوذ مقتضاها بين الجميع ، وعدم النفوذ في حق الغير للاصل ، لاللتهمة ، ولذا كفى في عدم النفوذ عدم العلم بصدق الاقرار، وإن لم يتّهم المقر ، ومن هنا اختار الفاضل ، و الشهيدان ، والكركي ، وغيرهم على ماحكي عنهم عدم النفوذ ، وهوقوي جداً .

لكن قديشك في كيفية تعلق حق الغرماء بالعين على وجه يمنع الاقرار، والاصل يقتضي عدمه ،وسلب الأهلية في إنشاء التصرف أوعدم النفوذ لايقتضي ذلك ، إذ هومن الحاكم في تحجيره لامن تعلق حق الغرماء بالعين . و على تقديره لايقتضي مثله في الاقرار ، فتأمل جيدا ، فانه قد يدفع ذلك كله صدق كون الاقرار في حق الغير، فيكون ممنوعاً .

ولوأسند الدين في إقراره إلى مابعد الحجر بمعاملة ونحوها ممايحصل برضا الطرفين ، لم يشارك قطعا ، لعدم زيادة الاقرار بذلك على نفس المعاملة التي قدعرفت

عدم المشاركة بها للغرماء لووقعت بعد الحجر ،نعم لواسند اقراره بالدين إلى ما بعد الحجر على وجه يشارك لوكان المقرّ به معلوما ثبوته ، كإتلاف مال أو جناية ، جرى فيه البحث السابق ، لاتحاد المدرك ، لكن في الروضة اختيار عدمالمشاركة في الأول دون الثاني ، وهوغريب ، و أغرب منه تعليله ذلك بما تسمعه من دليل المشاركة في الجناية ، و البحث هنا من حيث الاقرار لامن حيث نفس الجناية ، و من هنا أمكن كون مراده الفرق بين الجناية والمعاملة الاختيارية ، فلايكون مخالفا فلاحظ وتأمل ولوأقرّ بدين وأطلق ، فأصالة تأخر الحادث تقتضيتأخره عن الحجر المعلوم تاريخه، فلايشارك ،وإن قلنا بها في غيره .

﴿وكذا﴾ البحث فيما ﴿ لواقربعين ﴾ لمن صدقه في ذلك . نعم لوقلنا بنفوذ الاقرار فيها ﴿دفعت إلى المقرّ له﴾ لعدمكونها حينئذ منأموال المفلس ، ﴿و﴾لكن ﴿فيه﴾ اي فينفوذ الاقرارفيها عند المصنف ﴿تردد﴾ و إن جزم بالشركة فيالاقرار بالدين ، بل حكيعن بعضهم الجزم بالفرق بينهما في ذلك ، ولعلّه ﴿لتعلقحق الغرماء بأعيان ماله﴾ ، فيكون الاقرار بها اقراراً منافيا لحق الغير،كالرهن ونحوه ، ويشكل بأنهلافرق بينأخذ بعض الاعيانبموجب التقسيط مساواة لهم ، وبينأخذه ذلك البعض تقديما له عليهم ، معتعلق حقهم بالعين ، و من هنا كان الاقوى عند الشهيدين ، و الكركي ، والفاضل في الارشاد ، عدم الفرق بينهما ، في عدم النفوذ ، بحيث ينافي حق الغرماء كما أن خيرة المحكي عن المبسوط ، و التحريرعدمه ، في النفوذ فيهما فيشارك فيالاول ، وتدفع العين للمقرله فيالثاني، لكن قد يدفع بعدم صدق التصرف في المال فيالاول ، و ان رجع إليهبالآخرةكرجوع نفقة منأقرّ بنسبه بخلافالثاني، فانه كالتصرف في المال نفسه ، فهو معارض لحق الغير ، بل مندرج في الحجر عليه في المال .

وفيه أنه لافرق في عدم نفوذ الاقرار في حق الغير ، بين العين و الدين الذي هو أيضاً كالتصرف في المال أيضاً،ولذا لم يمض اقرار بعض الورثة بالدين على الآخر كالعين ، بل قد يقال بأولوية نفوذه في العين من الدين ، باعتبار عدم ثبوت كونها من

مال المفلس بعد الاقرار ، حتى يتعلق بها الحجر ، لكونه أقوى من اليد ، و من هنا حكي عن بعضهم القول بذلك ، فيرجع حاصل الأقوال في المسألة إلي أربعة أقواها عدم النفوذ ، و ربما قيل إنها خمسة ، بزيادة القول بأن العين تؤخر ويقسم غيرها بين الغرماء ، فان فضلت أعطيت للمقرله ، و إلاّ دفعت إلى الغرماء ، ولعله ليس قولا في المسالة ، بل يقول به الجميع جمعاً بين الحقين .

وعلى كل حال فقد صرح بعضهم بضمان المفلس القيمة أوالمثل ، بناء على دفعها للغرماء ، من غيرفرق بين تقصيره في الإقرار بها قبل الحجر وعدمه ، ولعله لأنهاقد أخذت في دينه ، وفيه اشكال مع عدم التقصير ، وأخذها في دينه مع عدم برائة ذمته بذلك إلا مع اجازة المالك ، لايقتضي ضمانها بعد أن كان الآخذ غيره ، فالقضاء بها حينئذكالقضاء بالمتبرع به ، أللهمّ إلا ان يقال إن الأصل ضمان كل ما وصل نفعه إليك من المال المحترم ، إلا أن يتبرع به المالك ، مضافا الى عموم « على اليد » فتأمل جيدا .

أمالوكذّبه المقرله بها ففي القواعد و محكي التذكرة أنها تقسم ولعله لعدم صحة الاقرارمع الرد بخلافه مع التصديق، وفيه أنه بناء علىنفوذ إقراره يتّجه دفعها إلى المقرله مع التصديق ، والا خرجت عن ملك المقر فلا يتعلق بها حجر، فاذاكانت في يده توصل إلى وصولها لصاحبها ، و إن كانت فييد غيره ، صارت مجهول المالك وعلى كل حال لم يكن للغرماء تعلق بها والله أعلم .

﴿ ولو قال : هذا المال مضاربة لغائب قيل : يقبل قوله مع يمينه ، ويقرّ في يده ، وانقال : لحاضر وصدّقهدفع إليه ، وإنكذّبهقسم بين الغرماء ﴾ وهوالمحكي عن المبسوط ، قال : إذا أقر بالمال ، إلا أنه قال : هو مضاربة لفلان ، فان المقرّ له لايخلو من أحد أمرين . إما أن يكون غائبا أو حاضرا ، فان كان غائبا كان القول قول المفلس مع يمينه أنه للغائب ، فاذا حلف أقرّ المال في يده للغائب ، ولا حق للغرماء فيه ، وإن كان حاضرا نظر فيه ، فان صدقه ثبت له ، لأنه إقرار من حائز التصرف ، وصدّقه المقرله ، فوجب أنيكون لازما ، وإن كذبه بطل اقراره ، ووجب

قسمته بين الغرماء .

وفيه انه لا فرق بين ذلك وبين الاقرار بالعين التي لم يحك عنه فيها مثل ذلك ، مضافا إلى ما قيل : من أنه لم يشرع اليمين لاثبات مال الغير ، وإن كان قد يدفعه أنها لرفع التهمة ، لا للاثبات ، ومن أنه لا معنى لإقراره في يده مع سلب أهلية اليد ، لأن الحجر عليه رفع يده عن السلطنة المالية . ويدفعه أيضا منع صيرورته بالحجر كذلك ، إذ هو مكلف رشيد ، ولا عدوان في يده ، والحجر انما يرفعها عن ماله ، لاعن مال غيره . إنما الكلام في نفوذ اقراره ، فعلى تقديره فالاقرار في يده متوجه ، والتحقيق عدم الفرق بين هذه المسألة وسابقتها ، فيجرى فيها الكلام السابق حينئذ والله أعلم .

﴿ ولو اشترى بخيار وفلّس والخيار باق ، كان له إجازة البيع وفسخه ﴾ بلا خلاف أجده فيه ﴿لأنه ليس بابتداء تصرف﴾ في المال ، بل هو أثر أمر ثابت قبل الحجر المانع له من ابتداءِ التصرف في المال ، للاصل وغيره ، بل ظاهر المصنف ، وصريح الكركي ، وثاني الشهيدين ، والمحكي عن المبسوط ، والتحرير ، عدم اعتبار الغبطة في ذلك ، بل له الفسخ وإن كان فيه مفسدة على الغرماء ، للأصل بعد عدم ما يدل على منع الحجر ايّاه عن مثل ذلك ، خلافا للفاضل ، فاعتبر الغبطة في خيار العيب دون غيره ، ووجّهه الشهيد بأن الخيار في غيره ثابت بأصل العقد ، لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها ، بخلاف العيب .

وفيه أن كلا من الخيارين ثابت بأصل العقد ، غاية ما في الباب أن أحدهما ثبت بالاشتراط مثلا ، والآخر بمقتضى العقد ، ولم يكن ثبوت أحدهما مقيدا بغبطة ولا بعدمها ، إذ لم يقل أحد بتقييد فسخ العيب في غير المفلس بالمصلحة ، بل صرحوا بجواز الفسخ له ، وان زادت القيمة بسبب العيب ، كالخصا ، والحكمة في أصل المشروعية لايجب اطرادها ، وإلا لاقتضى اعتبار الغبطة في الفسخ بكل خيار ، ضرورة كون الحكمة في مشروعية أصل الخيار في مثل البيع الذى الاصل فيه اللزوم إمكان أن يتجدد لذى الخيار ما يوجب ارادة الفسخ ، فلا يجد السبيل إليه ، فيحصل عليه ضرر .

وأضعف من ذلك تعليل الفرق بينهما بأن العقد في زمن الخيار متزلزل لاثبات له ، فلا يتعلق حق الغرماء بالمال ، إذ التزلزل مشترك بينهما ، فالقول : حينئذ بعدم اعتبار الغبطة في الجميع لا يخلو عن قوة . نعم قد يفرق بينهما بأن العيب لم يوجب استحقاق الرد خاصة ، بل أوجبه مع الارش ، وإن كان على جهة البدل ، بل لعل اقتضاؤه الأرش أقوى ، بدليل عدم سقوطه بالتصرف ونحوه مما يسقط به الرد ، بل قد يقال : إن الأرش ثابت به وإن كان له اسقاطه بفسخ العقد ، فالحاصل حينئذ باختياره اللزوم مثلا سقوط الرد لا ثبوت الارش ، وإن كان لا يخلو من اشكال .

وحيث كان كذلك اتجه حينئذ دعوى تعلق حق للغرماء بهذا الخيار من بين الخيارات ، كما انه اتجه اعتبار الغبطة ، ترجيحا لمن يكون معه على الاخر ، اذ قد عرفت اجتماع الجهتين أي الارش والرد فيهذا الخيار ، بخلافغيره من أفراد الخيار حتى الغبن ، فا نه ليس فيهجهة للمال أصلا ، فلا يتقيد بالغبطة أو عدم المفسدة ، بل ربما يؤيده ماقيل : من أن المريض إذا اشترى معيبا ولم يرده مع كون الغبطة فيرده احتسب نقص عيبه من الثلث ، ولعل من ذلك ينقدح أنه لولم يكن للمفلس إلا الرد بالعيب لاسقاط الأرش قبل الفلس ونحوه لم تعتبر الغبطة فيه ، إذ هو حينئذ كغيره من الخيارات ، كما أنه قدينقدح من ذلك وجهآخر ، لاصل ثبوت الخيار بعدالفلس بغير العيب ، بأن يقال : إنه ليس تصرفا في مال ، وإن رجع إليه بالاخرة ، وإن كان فيه بحثظاهر ، ولعله لذاكان ظاهرالمحكي عن الاردبيلي ، وبعض الشافعية ، اعتبار الغبطة في جميع انواع الخيار ، لان الفسخ نوع تصرف في المال .

وفيه أن المتجه حينئذمنعهمنه ، من دون اذن الغرماء ، لأنه حينئذ كالتصرف فيه ببيع ونحوه ، لا تقييده بالغبطة ، ولم أقف على قائل به ، وإن كان يشهد له في الجملة منع السفيه عنه ، لكن قد يفرقبينهما بأن الحجر يقتضي تعلق حق الغرماء بمال المفلس على حسب كيفية ملكه له في اللزوم والتزلزل ، لا أن به تختلف جهة ملكه ، فمع كون الملك بالنسبة اليه متزلزلا يبقى على حاله بعد الفلس ومن ذلك ينقدح ان له الخيار أيضا فيمايشتريه في الذمة بعد الفلس ، لأن المال قد انتقلاليه

على هذا الحال ، وتعلق به حقهم على هذا الحال فلايمنع منه ، ولو لم يكن للمفلس الا الرد ، فتامل جيدا والله أعلم .

﴿ و ﴾ لو خرج المال عن المفلس بعقد متزلزل كالهبة ونحوها قبل الفلس لم يستحق الغرماء عليه الرجوع قطعا ، كما هو واضح . نعم ﴿ لو كان له حق فقبض دونه ﴾ قدرا أو وصفاً على جهة الاسقاط والابراء ﴿ كان للغرماء منعه ﴾ قطعا لانه تصرف في المال بما ينافي حقهم ، بل في جامع المقاصد وغيره لهم منعه من قبض بعض الحق ، وإن لم يكن على جهة الاسقاط للباقي ، إذا حصل ضرر كما في قبض بعض ثمن المبيع ، قال : لأن فيه اسقاطا لحق يتعلق بالمال ، فيمنع منه ، لانه تصرف مبتدأ أما إذا لم يكن كذلك كقبض بعض ما استحقه باتلاف مال ، أو قرض ونحوهما ، مما يلزم عليه فيه قبض البعض لو بذله من عليه كالجميع ، كان له قبض البعض ، وفيه أنه يمكن المناقشة في منعه عن إسقاط هذا الحق الذي هو ليس بأولى من حق الخيار ، فتأمل جيداً هذا .

وفي المسالك أن نسبة القبض إليه على طريق المجاز ، فانه لا يمكن من قبض المال لاقتضاء الحجر ذلك ، وإنما المراد ، اثبات تسلطه على الحكم المذكور وإن كان القابض غيره ، وفيه أن أقصى ما ثبت من الحجر منعه من التصرفات المنافية لحق الغرماء لاغيرها ، للأصل وغيره ، قال في القواعد : « ولا يمنع من وطي مستولدته ولم يفرق بين كون ثمنها من جملة دين الغرماء أولا ، ولا بين القول باجارتها وعدمه» لكن قال : « وفي وطي غيرها من إمائه نظر » وعن التذكرة أقربه المنع ، وفي جامع المقاصد « أنه الأصح » إلا أنه يمكن أن يكون ذلك من جهة التعريض للاتلاف بالطلق أو نقصان القيمة ، أو بصيرورتها أم ولد ، بناء على بطلان حق الغرماء بها حينئذ ، وفيه نظر ، بل جزم في القواعد ومحكي التذكرة بعدمه ، ولعله لسبق تعلق حقوقهم ، إلا أن الظاهر تأخيرها في البيع لتبين القصور وعدمه ، لئلا يبطل حق الاستيلاد ، وعلى كل حال فمنع المفلس من التصرف بماله على وجه لا ينافي حق الغرماء لا يخلو من بحث ، بل منع . والله أعلم .

﴿ ولو أقرضه انسان مالا بعد الحجر ﴾ مثلا ﴿ أو باعه بثمن في ذمته ، لم يشارك الغرماء ، وكان ثابتا في ذمته ﴾ إذا كان عالما بحاله اتفاقا ، كما في المسالك ، بل وان كان جاهلا كما صرح به الفاضل ، والشهيدان ، والكركي ، وغيرهم ، للاصل خصوصا على القول بتعلق حقوق الغرماء بالمال المتجدد ، وخبر الاختصاص [1] بعين المال في الفلس ، إنما هو للغريم قبل الحجر ، والمشاركة لهم لا دليل عليها وان كان قد أدخل لهم مالاً عوض دينه .

ومن ذلك يظهر لك ما في احتمال الضرب واحتمال الاختصاص ، بل يزيد الأول ضعفا أن الجهل لا مدخلية له في مشاركة الغير ، بعد فرض اختصاص الحجر للديون السابقة ، إذ دعوى - أن المحجر لاحظ في التحجير الديون السابقة ومثل المقروض - لادليل عليها ، بل في المسالك « أن الوجهين شاذان ، لأنه ان كان غريما اختص بعين ماله ، وإن لم يكن غريما لم يضرب » وان كان قد يتكلف لدفع ذلك ، كما أنه يظهر لك أيضاً ما في المحكي عن فخر الاسلام في شرح الارشاد ، من الصبر والضرب ، لكونه غريما وأدخل مالا في مقابلة الثمن ، والاختصاص للعموم ، فالاقوى حينئذ وجوب الصبر بناء على تعلق الحجر بالمتجدد ، والا كان له المطالبة بالوفاء منه ، ثم إن ظاهر التعليل للمشاركة بادخال المقابل في أموال المفلس يقتضي عدمها إذا لم يكن كذلك ، وكان برضا من المستحق كما في المهر وعوض المتلف بالاذن ، ولعله كذلك للأصل ، ونفى الخلاف عنه في التذكرة .

﴿ ولو أتلف مالا بعد الحجر ضمن ، وضرب صاحب المال مع الغرماء ﴾ كما في القواعد وجامع المقاصد والمسالك ، وإن ذكروا معه الجناية أيضاً ، لعدم الفرق بينها وبين التلف في ذلك ، إذ المدرك في الجميع أن الثابت هنا من المال من غير رضا صاحبه ، وإن كان هو كما ترى ، وكذا الاستدلال عليه بعموم الخبر الدال على الضرب وبما دلّ على وجوب العوض ، فانا لم نقف على خبر ظاهر في شمول الفرض ، وما دلّ على وجوب العوض لا يقتضي المشاركة ، وكانه لذلك لم يرجح في التذكرة بل جعل

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب الحجر الحديث - ١ - ٢ .

أول الوجهين عدم الشركة لتعلق الحق ، ولانه كما لوجنى الراهن ولا مال له غير المرهون ، فإن المجني عليه لايزاحم المرتهن ، قلت : كل ذلك مضافاً إلى الأصل ، ولعله لذلك حكى عن الأردبيلى التأمل فيما ذكروه من المشاركة ، وهو في محله ، والله أعلم .

﴿ ولو أقر ﴾ المفلس ﴿ بمال ﴾ بعد الحجر أو ثبت شغل ذمته بمال بعده كذلك ﴿ مطلقا وجهل السبب ﴾ في ثبوته ، فلم يعلم أنه مما يشارك به كالإتلاف والجناية ، أولا ، كما إذا كان برضا من المستحق وعلم منه أو جهل على الاصح ﴿ لم يشارك المقر له الغرماء ، لاحتماله ما لايستحق به المشاركة ﴾ فالاصل عدمها حينئذ واحتمال أن الاصل المشاركة حتى يعلم كونه مما لا يشارك ، لاشاهد له ، بل هو على خلافه ، ضرورة كونها من الامور الحادثة ، والأصل عدمها ، بل الظاهر عدم وجوب الاستفصال أيضا حال عدم العلم بجهله ، للأصل ، أما لو أطلق مع ذلك أو بدونه في السبق واللحوق ، وجهل تاريخ الحجر والدين ، فالاصلان متعارضان ، ويبقى أصالة عدم تعلق خصوص هذا الدين سالما .

ودعوى ــ أن اللحوق مانع ولم يثبت ، فالاصل المشاركة ــ ، لم نتحقق لها شاهداً ، بل الشاهد بخلافها ، كما عرفت ، حتى لو سلم الشك في المقام فيكون السبق شرطا في المشاركة ، أو أن اللحوق مانع ، إذ أصالة عدم التعلق تغني عن ذلك ، ولو علم تاريخ أحدهما بني تأخير أحدهما على ما تقدم سابقا في نظائر المسألة ، وحينئذ يشارك لو كان المعلوم الدين هذا . وفي المسالك هنا نظير ما حكيناه عنه سابقا في الروضة ، وفيه ما لايخفى ، وفي جواز العمل بما ذكرناه من الاصول بلا استفصال وجه فلا يجب حينئذ وإن كان يمكن أن يحصل به رفع الاشكال . والله أعلم .

﴿ ولا تحل الديون المؤجلة بالحجر ﴾ بلا خلاف أجده من غير الاسكافي ، للاصل بعد حرمة القياس على الميت ، وكونه مع الفارق ، كما قيل : بتضرر الورثة والغرماء بدونه فيه ، لعدم ذمة له بخلاف المفلس ، مضافا إلى انه لا خلاف بيننا بل ﴿ و ﴾ بين غيرنا عدا الحسن البصري المنقرض خلافه في أنها ﴿ تحلّ بالموت ﴾

بل الاجماع بقسميه عليه ، لخبر أبي بصير [1] « إذا مات الرجل حل ماله ، وما عليه من الدين » والسكوني [2] « إذا كان على الرجل دين إلى أجل ومات الرجل حل الدين » والصحيح المضمر [3] « إذا مات فقد حلّ مال القارض » .

بل ظاهر الأولين كمعقد المحكي من اجماع الخلاف عدم الفرق بين مال السلم والجناية المؤجلة ، وغيرهما ، خلافا للمحكي عن ايضاح الفخر ، وحواشي الشهيد ، من عدم حلول السلم بالموت ، ولعله لأنه يقتضي قسطا من الثمن ، لكنه كما ترى لا يصلح معارضا للدليل ، وكذا ماقيل : من تعليل احتمال خروج الجناية ، بان تأجيلها شرعي ، لا مدخلية لرضا الميت فيه ، إذ لا فرق بين الجميع فيما عرفت من الدليل ودعوى ـ أن بينه وبين ما اقتضى بقاء أجله تعارض العموم من وجه ـ يدفعها أن ذلك قائم في كل فرد من أفراد الدين ، مع أنه لا اشكال في انسياق التخصيص في الجميع ، فالتحقيق في أمثال ذلك ملاحظة الحاصل من مجموع الأدلة ، ولا ريب في ظهور التخصيص حينئذ ، فتأمل . وأما حلول ما له فستعرف البحث فيه انشاء الله تعالى .

﴿ القول ﴾ الثاني ﴿ في اختصاص الغريم بعين ماله و ﴾ تفصيل الكلام أنّ ﴿ من وجد منهم عين ماله كان له اخذها ، ولو لم يكن سواها : وله أن يضرب مع الغرماء بدينه ، سواء كان ﴾ عنده ﴿ وفاء ﴾ لغيره من الغرماء ﴿ أو لم يكن على الأظهر ﴾ الاشهر بل المشهور ، بل لا أجد فيه خلافا معتدابه إذا كان وفاء ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل لا أجد خلافاً فيما إذا لم يكن ، إلا من المحكي عن الشيخ في التهذيب ، والاستبصار ، والنهاية والمبسوط ، فخص الاختصاص بما إذا كان وفاء ، بتجدد مال آخر للمفلس بارث أو اكتساب أو بكون الديون إنما تزيد على أمواله مع ضميمة الدين المتعلق بمتاع واجده ، فاذا خرج الدين من بين ديونه ، والمتاع من بين أمواله صارت وافية بالديون ، أو بغير ذلك مما يتصور فيه ذلك ، بحيث لا ينافي القصور الذي هو شرط الفلس .

ولا ريب في ضعفه ، للنبوي [١] المروي في كتب فروع الاصحاب « إذا أفلس الرجل ووجد سلعته فهو أحق بها » ونحوه غيره واطلاق صحيح عمر بن يزيد [٢] عن أبي الحسن عليه السلام « سألته عن الرجل تركبه الديون ، فيوجد متاع رجل آخر عنده بعينه ، قال : لا يحاصّه الغرماء » المراد منه ولو بضميمة كلام الاصحاب فسخ العقد لا عدم المحاصة في الوفاء ، والا لوجب التعرض لزيادته على دينه ونقيصته .

وأوضح منه فيذلك مرسل جميل [٣] عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل باع متاعاً من رجل ، فقبض المشتري المتاع ولم يقبض الثمن ، ثم مات المشتري والمتاع قائم بعينه ، فقال: إذاكان المتاع قائما بعينه ، رد إلى صاحب المتاع وقال: ليس للغرماء أن يحاصوه » فا نه ظاهر في ارادة عدم المحاصة للفسخ ، وان كان هو غير ما نحن فيه ، إذ الكلام في المفلس الحي ، وهذا في الميت ، وان لم يكن مفلسا ، لصحيح أبي ولاد [٤] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعا إلى سنة ، فمات المشتري قبل أن يحلّ ماله ، وأصاب البايع متاعه ، أله أن ياخذه إذا حقق له ؟ فقال عليه السلام إن كان عليه دين وترك نحواً من دينه فليأخذ إن حقق له ، فان ذلك حلال له وان لم يترك نحوا من دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ حصته ، ولا سبيل له على المتاع » وبه يقيد مرسل جميل فيكون الحاصل ما ذكره المصنف بقوله :

﴿ أما الميت فغرماؤه سواء في التركة ، إلا ان يترك نحوا مما عليه ، فيجوز حينئذ لصاحب العين أخذها ﴾ كغيره من الاصحاب ، بل لا أجد فيه خلافا سوى ما يحكى عن ابن الجنيد من الاختصاص وإن لم يكن وفاء كالحي ، وكأنه اجتهاد في مقابلة النص ، بل ظاهر النص والفتوى اشتراط الاختصاص في الميت بما عرفت ، وإن كان قدمات محجوراً عليه ، بل صرّح به في المسالك ، ولعلّهم رجحوا ذلك على إطلاق

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ـ ٤٩٦ ـ عن دعائم الاسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام باختلاف يسير وفي سنن البيهقي ج ٦ ص ٤٥ .

(٢) و(٣) و(٤) الوسائل الباب ـ ٥ ـ من أبواب أحكام الحجر الحديث ٢ ـ ١ ـ ٣ .

صحيح عمر بن يزيد للحكمة الواضحة في هذا الشرط بالنسبة إلى الميت دون الحي ، إذ الميت لم تبق له ذمة بعد الموت ، فلا يناسب الاختصاص إلا مع الوفاء ، لئلاّ يتضرر الغرماء ، بخلاف الحي ، فإن ما يتخلف من الدين متعلق بذمته ، فربما لا يضيع .

وفي المسالك عن بعضهم أن الحكم مختص في الميت المحجور عليه ، قال : «واطلاق النص يدفعه».

قلت : هو المحقق الثاني في جامع المقاصد ، وضعفه واضح ، والانسب منه القول بعدم اشتراط الوفاء في الاختصاص إذا كان قد مات مفلسا ، استصحابا للخيار الثابت لصاحب العين في حال الحياة ، ولا طلاق صحيح عمر بن يزيد منضما إلى عدم ظهور صحيح أبي ولاد ومرسل جميل في موت المفلس ، بل لعلهما ظاهران في غيره ، بل لعله لا يخلو من قوة ، إن لم يكن إجماع على خلافه ، فتأمل جيدا ، فإني لم أجد تنقيحا له فيما حضرني من كلام الاصحاب .

نعم قد سمعت التصريح بخلافه في المسالك ، وكذا العلامة في التذكرة ، بل ظاهرهما أنه مفروغ منه ، ولعل وجهه أن العين قد انتقلت بالموت إلى الوارث ، فذهب شرط خيار الفلس ، ولم يبق إلا الخيار من حيث الموت المشروط بالوفاء في صحيحة أبي ولاد . وعلى كل حال فما عن الشيخ رحمه الله لم نجد لهشاهدا بالخصوص سوى دعوى الجمع بين النصوص ، بحمل ما دل منها على الاختصاص على ما إذا كان وفاء ، وما دلّ منها على عدمه ، كخبر أبي بصير [1] «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل كانت عنده مضاربة وأموال أيتام وبضايع ، وعليه سلف لقوم فهلك وترك ألف درهم ، أو أكثر من ذلك ، والذي للناس عليه أكثر مما ترك ؟ فقال : يقسم لهؤلاءِ الذين ذكرت كلهم على تقدير حصصهم أموالهم» وغيره على ما اذا لم يكن وفاء من غير فرق بين الحي والميت ، لكن فيه أنه لا شاهد على هذا الجمع ، إذ صحيح أبي ولاد ومرسل جميل في الميت الذي قد عرفت الحكم فيه ، والكلام في المفلس الحي الذي هو لعله

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب احكام الحجر الحديث - ٢ - .

الظاهر من صحيح عمر بن يزيد ، كما أن الظاهر من قوله فيه لا يحاصه الغرماء قصور المال عن الوفاء ، وان الحاكم قد حجر عليه فهو أحد أدلة التحجير على المفلس الذي أنكره في الحدائق ، كما أنه أنكر في المقام دلالة النصوص على الخيار الذي عند الاصحاب وإنما هي دالة على الاختصاص في الغرماء ، ولاريب في ضعفه في المقامين ، وحينئذ فليس أخذ العين عزيمة عليه ، بل له أن يفسخ ويأخذ العين ، وله أن يضرب بالثمن على الغرماء ، كما أومي إليه في صحيح أبي ولاد ، وليس أن يفسخ ويضرب بقيمة المتاع ان كانت أزيد من الثمن قطعا .

نعم قد يقال : إن له ذلك اذا تلفت العين بعد الحجر ، وتعلق الخيار بها ، إذ احتمال سقوط خياره حينئذ مناف للاستصحاب ، ولاطلاق الدليل ، مع أنه يمكن فرض التلف بعد اختيار الفسخ ، و قبل وصول العين اليه ، و قد يعلم في الفرض اختصاصه بالقيمة التي هي بدل العين عن الغرماء ، وفيه ضعف ، لان الدليل إنما اقتضى الاختصاص بالعين لا بقيمتها التي قد استحقت بعد الفسخ ، فهي كنموها من الديون التي يضرب اصحابها مع الغرماء ، وان تجددت بعد الحجر ، كما ستعرف إن شاء الله تعالى فتأمل جيدا.

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ هل ﴾ هذا ﴿ الخيار في ذلك ﴾ في الحي أو الميت ﴿ على الفور قيل : نعم ﴾ لأنه على خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن ، و عن المبسوط أنه أحوط ، و في المسالك أولى ، و في محكي التذكرة أنه الاقرب ، و جامع المقاصد ، يمكن ترجيحه بأنه الاشهر في كلام الاصحاب ، وفيه جمع بين الحقين ، فالقول بالفورية قريب ، هذا .

وقد يشعر قول المصنف : ﴿ ولو قيل بالتراخي جاز ﴾ بالميل إلى التراخي ، ولعله كذلك لاطلاق الدليل ، و قد تقدم في الخيارات تحقيق نظائر هذا البحث ، ثم إنه لافرق في الرجوع بالعين في الفلس بين دفع الغرماء للدين من مال المفلس ، أو من مالهم ولو باباحة للمفلس أن يفي عن نفسه ، و عدمه لا للمنة ، وتجويز ظهور غريم، لعدم إطرادهما ، بل لاطلاق النص [1] الذي لافرق فيه مع ذلك أيضا بين زيادة قيمة

(١) الوسائل الباب ـ ٥ ـ من أبواب أحكام الحجر الحديث ـ ١ ـ ٢ ـ .

السلعة ، أوكثرة الراغبين إليها بحيث يرجى صعود سعرها ، و عدمه ، خلافا للتذكرة فأوجب حينئذ قبول ما بذله الغرماء من دينه ، وكأنه اجتهاد في مقابلة النص ، بل فيها أيضا مايقتضي وجوب القبول لو بذل الثمن باذل من ماله تخليصا للعين ، وإطلاق النص يدفعه .

نعم يعتبر فيه حلول الدين ، فلارجوع لو كان مؤجلا ، لعدم استحقاقه المطالبة حينئذ ، فلايستحق الفسخ ، ولو حلّ قبل فك الحجر وقبل الوفاء بها فالاصح في جامع المقاصد عدم الرجوع بها أيضا ، لتعلق حق الغرماء بها ، فلايستحق إبطاله ، لكن في القواعد اشكال ، ولعله من ذلك ، ومن عموم الخبر ، بل عن التحرير الجزم بالرجوع ، وهو جيّد بناء على مشاركة الدين المؤجل الحال قبل قسمة الكل أو البعض ، لاندراجه حينئذ في عموم النص المزبور ، كما صرّح به في الروضة ، لكنه لايخلو من إشكال ، لسبق تعلّق حق الغير ، ولاصالة عدم المشاركة ، ولذا قرب في التذكرة أنه لو حل الأجل قبل انفكاك الحجر أنه لايشارك صاحبه الغرماء ، وبنى عليه أنه ليس لصاحب الدين الذي قد حلّ الرجوع في عين ماله ، سواء كان الحاكم دفعها في بعض الديون أولا وهو جيد ، لكنه صرّح بعد ذلك في آخر كتاب الفلس ، أنه إذا حلّ المؤجل قبل قسمة الكل أو البعض شارك فيما لم يقسم ، ويمكن الجمع بين كلاميه بحمل ماهنا على عدم الشركة إذا كان الحلول بعد القسمة ، بخلاف الاخير ، إلا أن تعليله الفرع ينافي ذلك ويمكن دفعه ايضا فتأمل .

هذا كله في المعاوضة المحضة ولو قرضا فإنه صرّح في التذكرة بأنه للمقرض الرجوع بعينه إذا فلس المقترض ، و كان عين المال موجودة ، أمّا ماليست كذلك ،بل فيها شبه للمعاوضة ، فلافسخ ، للأصل السالم عن المعارض ، ضرورة عدم اندراج مثل النكاح والخلع والعفو عن القصاص على مال ونحوها في الخبر المزبور ، فلاتفسخ الزوجة النكاح بتعذر الصداق ولا الزوج الخلع بتعذر العوض بافلاس الزوجة ولا العافي بتعذر عوضه ، كما هو واضح ، بل لاأجد فيه خلافا ، بل في جامع المقاصد الاجماع عليه .

والظاهر اعتبار بقاء العين على ملك المفلس بذلك العقد ، لانه المنساق من اطلاق

الخبر المزبور الذي خرجنابه عن أصالة اللزوم ، وخبر « من وجد عين ماله فهوأحق بها » لم نجده في أصولنا ، فلو خرج عن ملكه حينئذ ثم عاد إليه بسبب آخر قبل الحجر ، لم يكن له الرجوع حينئذ ، و ان لم يكن بعوض كالهبة والوصية و نحوهما ، و اولى من ذلك لوكان عوده بعد الحجر ، ضرورة اقتضاء الفاء عدمه بل قد يقال : بعدم جواز الرجوع له ، لوعاد بفسخ خيار أو إقالة على إشكال ، لكن في القواعد « لوعاد إلى ملكه بلاعوض كالهبة والوصية ، احتمل الرجوع ،لأنه وجد متاعه ، وعدمه لتلقي الملك من غيره » .

وفي الوجه الاول ما عرفت ، مضافا إلى أن فسخ البيع إنما يقتضي بطلان ملكه به ، لابسبب غيره ، كما هوالمفروض ، بل قال : و معه : أي القول بالرجوع ، فان عاد بعوض كالشراء فان وفّى البايع الثمن فكالاول : أي في احتمال الرجوع ، وعدمه من الوجدان ، وعدم معارضة الثاني الاول بعد وفاء ثمنه ، ومن أن المعاوضة الثانية أوجبت استحقاق الرجوع للثاني عند عدم الوفاء فلايبقى للأول رجوع ، لامتناع ثبوت حق الثاني مع بقاء حق الاول ، و هو كماترى بعد ماعرفت من عدم الرجوع في المسألة السابقة ، ففي المقام بطريق أولى .

بل قال : و ان لم يكن وفاء الثمن احتمل عوده إلى الاول لسبق حقه ، و إلى الثاني لقرب حقه ، وتساويهما فيضرب كل منهما بنصف الثمن .

و هو غريب ضرورة انقطاع حق الاول بالمعاملة الثانية ، و ذلك لان ثبوتها يستلزم ثبوت لوازمها ، وإلا لم تكن صحيحة ، لعدم ترتب الأثر الذي هذا من جملته عليها ، فيجب ارتفاع لوازم الاول بالسبب الطاري ، كما هو واضح ، فيتعين حينئذ الوسط ، أما إذا كانت باقية على الملك ولم يحدث فيها ما يمنع من الرجوع كالرهانة ونحوها ، إلا أنها ناقصة ، فان كان البعض الناقص مما يتقسط عليه الثمن لجواز افراده بالبيع كالعبد من العبدين و نحوه ، أولا كيد العبد و رجله ، وعلى كل حال فاما أن يكون بآفة سماوية ، أو بجناية من المشتري أو البايع أو أجنبي فالصور ثمان .

وقد أشار المصنف إلى الاولى منها بقوله : ﴿ ولو وجد بعض المبيع سليما ﴾

تخير بين الضرب بجميع ماله و بين ﴿ أخذ الموجود بحصته من الثمن وضرب بالباقي مع الغرماء ﴾ بلاخلاف أجده فيه عندنا مطلقا كما في المسالك ، لصدق عين المال على الموجود ، فيثبت التخيير فيه ، بخلاف التالف الباقي على مقتضى أصالة لزوم العقد فيه وتبعض الصفقة هنا لاأثر له ، لعدم مايقتضى شمول هذا الفرد منه بالنسبة إلى كل منهما، لكن في المختلف عن ابن الجنيد أنه قال : إن وجد بعض متاعه أخذه بالقيمة يوم يسترده ، وضرب بما يبقي من الثمن مع الغرماء فيما وجده للمفلس ، قال : وقد خالف الشيخ في موضعين الاول ـ اطلاق الضرب بالنقص ، الثاني احتساب المأخوذ بالقيمة ، والتالف بها ، والشيخ نسبهما إلى الثمن ، و هو لايخلو من قوة .

و في جامع المقاصد في شرح ما في القواعد « ولو كان للتالف قسط من الثمن كعبد من عبدين فللبايع أخذ الباقي بحصته من الثمن ، والضرب بثمن التالف » قال : « ان فيه نظرا من وجوه ، الاول: ان أخذ الباقي بحصته من الثمن إن كان على طريق المعاوضة توقف علي رضا المستحقين ، وصدور العقد على الوجه المعتبر شرعا ولايقوله أحد ، وإن كان على جهة الفسخ فلامعنى لأخذه بحصته من الثمن ، بل يفسخ ويأخذه ، الثاني : ان الفسخ فيه وحده يقتضى تبعيض الصفقة وذلك غير جائز الثالث: أنه أطلق الضرب بحصته من الثمن ، و ذلك لايستقيم على أصله ، بل يجب أن يقيده بما إذا كانت القيمة أزيد من الثمن ، هربا من المحذور السابق ، فان ساوت أو نقصت فيجب عنده الضرب بنقصانها كما سبق » (إلى أن قال) : « والذي يقتضيه النظر أنه يفسخ المعاوضة مطلقا ، أويتركه مطلقا حذرا من لزوم تبعيض الصفقة ، أويقال: ينظر حيث يكون على المفلس ضرر ، يفسخ في الموجود فيأخذه ، ويسقط حصته من الثمن، ويبقى البيع في الاخر بحاله ، فيضرب بحصته من الثمن ، و ذلك حيث تكون القيمة أزيد من الثمن،أما إذا كانت أنقص أو مساوية فانه يأخذحصته من القيمة ، ولايمنع ذلك كون العبدين بمنزلة مبيعين ، نظراً إلى أن لكل منهما قسطا من الثمن ، و ان كان في الثاني مناقشة ، لأن المنع من تبعيض الصفقة لحق كلامنهما ، واطلاق كلام ابن الجنيد يقتضى الفسخ في الجميع ، و أخذ الباقي بقيمته ، ويضرب بقيمة التالف،

وقواه المصنف في المختلف ، وقوته بينة » .

و هو كماترى ضرورة تعين الوجه الثاني في النظر الاول وقوله «لامعنى »إلى اخره لامعنى له ، اذ ذلك لازم للفسخ فيه وحده ، وإن كان مراده أنه لامعنى للتعبير عن ذلك بالأخذ بالحصة ، و فيه أنه متعارف في ارادة الفسخ فيما يقابله من الثمن ، كما أن النظر الثاني يدفعه ما أومأنا اليه من اشتراك التبعيض بالنسبة اليهما ، وأنه لامانع منه بعد قضاء الدليل به ، و اما الثالث فالفرق بين المقام وبين الارش واضح ، ضرورة حصول فسخ العقد من أصله ، و كان مقتضى الضابطة الرجوع بالأرش على مقتضى القيمة ، لانه ليس أرش معاوضة ، إلا أنه لامانع عنه قاعدة عدم اجتماع العوض والمعوض ، وجب التقييد فيه بذلك ، بخلاف المقام الذي هو فسخ للعقد بالنسبة الى الموجود ،دون التالف ، فليس حينئذ إلامايخصه من الثمن بالنسبة ، ولامدخلية للقيمة هنا أصلا ، ومن ذلك يعلم مافي كلامه الاخير، بل ومافي كلام ابن الجنيد الذي قواه في المختلف ، واستظهر منه في جامع المقاصد الفسخ في الجميع ، مع أن ما فيه من أخذ الموجود بالقيمة ينافي ذلك ، وعلى كل حال فكلام الاصحاب هنا في محله ، و ليس فيه إلا تبعيض مقتضى العقد ، ولابأس به بعد قضاء الدليل . فتأمل جيدا والله أعلم .

نعم إنما الاشكال في قول المصنف و غيره من الاصحاب ، بل لعله المشهور ﴿ و كذا لووجده معيبا بعيب قد استحق أرشه ﴾ لكون الجاني أجنبيا و لوالبايع ﴿ضرب مع الغرماء بأرش النقصان﴾ و إن زاد على الثمن فإنه ليس جمعا بين العوض و المعوض عنه ، كماسمعته من جامع المقاصد ، و يحتمل أن يريد بالارش جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة النقصان الى القيمة إن كان الثمن أنقص عن القيمة ، وإلانقصان القيمة ، كما صرح به في القواعد ، قال : « و إن كان بجناية أجنبي أخذه البايع ، وضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة لابأرش الجناية ، إذ قد تكون كل الثمن ، كما إذا اشترى عبداً بمائة تساوي مائتين فقطعت يده ، فياخذ العبد والثمن ، وهو باطل،هذا إن نقص الثمن عن القيمة، والانقصان القيمة وعلى كل حال فهذا كله لوكانت الجناية توجب أرشاً .

﴿ أما لوعاب بشيء من قبل الله سبحانه﴾ و تعالى ﴿ أوجناية من المالك كان مخيرا بين أخذه بالثمن﴾ مجانا ﴿و﴾ بين ﴿تركه﴾ و الضرب مع الغرماء بالثمن ، فان المعلوم من قاعدة فسخ المعاوضة ايجاب رجوع كل مال إلى صاحبه عينا أوبدلا، وكون العين في يد المشترى غير مضمونة للبايع ، معارض بماله قسط من الثمن ، مع أنالانقول أنها مضمونة مطلقا ، بل بمعنى أن الفائت في يد المشترى يكون من ماله ، لأن ذلك هو مقتضى عقود المعاوضات المضمونة ، فاذا ارتفع رجع كل من العوضين إلي مالكه أوبدله ، و أما كون اليد لاقسط لها من الثمن ، فان أرادوا أن الثمن لم يبذل فيمقابلتها منه شيء ففساده ظاهر ، إذ لولاهالم يبذل جميعه قطعا، و إن أرادوا أن الثمن لايتقسط عليها و على باقي الاجزاء على نسبة الكثرة و القلة ، كالعشر في متساوىالأجزاء فهولايدل على مطلوبهم .

كل ذلك مع منافاة تعليلهم لما حكموا به منالأرش فيجناية الأجنبى ، وإن كان قد أخذه المشترى ، ضرورة أنه أخذه و العين ملك له ، ولم تكن مضمونه عليه للبايع ، وكون الأرش جزءاً من المبيع و قد أخذه المشترى ـ فلا يضيع على البايع بخلاف التعيب بالافة السماوية التيلم يكنلها عوض ـ لايجدى بعد عدمكون العين مضمونة، ومن هنا كان خيرة المحقق الثاني الرجوع بالأرش مطلقا ، بعد أن حكاهعن ابن الجنيد ، و أن المصنف في المختلف قواه ، و استحسنة الشهيد الثاني ، وقدعرفت أن كلام ابن الجنيد أجنبى عن ذلك ، و أن ظاهره عدم الفسخ مطلقا ، و انما يأخذ الموجود بالقيمة ، وفاءً عن دينه ، فان بقي له من الثمن شيء ضرب مع الغرماء .

و أما ماسمعته منالاصحاب فقد يقال : إن الموافق للضوابط عـدم استحقاق الأرش أصلا ، إذ هوكنماء الملك يستحقه المشتري ، والشارع إنما جعل له الفسخ في الموجود من ماله ، ففسخالعقد يوجب رجوعهذا المال اليه ، لأنه الموجود دون غيره، و الفرض أن التالف ليس مما يمكن بناء العقد بالنسبة اليه ، حتى يستحق مايقابله من الثمن ، بل قد عرفت أن صفة الصحة و العيب ليست هي إلاكصفة الكتابة والعلم ونحوهما مما لاتقابل بأجزاء الثمن ، وإن زادبسببها ، فان زيادته بها أعم منمقابلته

لها ، كما هوواضح ، ولذا لم ينفسخ العقد قهرا فيما قابلها من الثمن عند فقدها ، فحينئذ إذا فسخ ليس له إلاالموجود الذى حصل فيه سبب الفسخ دون غيره الذي لاقسط له من الثمن ، وليس من قاعدة «كون التلف ممن لاخيار له» ضرورة تجدد الخيار ، وعدم حصوله من أول العقد. أللهم إلا أن تفرض المسألة فيما بعد الحجر لكنه خلاف ظاهر كلامهم ، ضرورة ظهوره في أنه حال تعلق الخيار وجدالعين ناقصة ، ولايكون ذلك إلا قبل الحجر فتأمل جيدا .

فظهر من ذلك أن الموافق لمقتضى الضوابط ، عدم استحقاق الارش أصلا ، إلا انه حيث يكون مستحقا على الأجنبي حكموا بالرجوع به ، باعتبار كونه قائما مقام الجزء التالف ، وأنه ليس في الحقيقة تضمين للمالك ، ولكن التعليل كماترى ، ولعل المتجه عليه رجوعه به مع وجوده، أما مع فرض تلفه من المالك ، أو من قبل الله تعالى، فهو كالجزء بل هو أولى منه في عدم الرجوع ، كما أن المتجه عليه الرجوع بمقداره لابأزيد ، لوفرض تفاوت القيمة ، بحيث لوكان الجاني البايع فقد يبقى له و يضرب به ، وقد ينقص و يبقى مشغول الذمة به للمفلس ، وقد يتساويان فياخذمنه ما عليه و يضرب بماله .

و الإنصاف أن العمدة في اثبات ذلك من أصله حينئذ الاجماع إن تم ، و إلافلا، وحينئذ فينبغي الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو أقل الامرين من تفاوت القيمة ، ومن النسبة إلى الثمن ، كماسمعته من الفاضل في القواعد ملاحظا فيه أرش المعاوضة من جهة ، وأرش الجناية من اُخرى ، فراراً من عدم جواز الجمع بين العوض والمعوض، و أطلق في المسالك ملاحظة الارش بنسبة الثمن ، معللا له بأن السبب في ذلك الهرب من الجمع بين العوض والمعوض ، فلم يلاحظ فيه الا ارش المعاوضة ، وهولايخلومن وجه، لكن في جامع المقاصد «أن المتجه الرجوع بتفاوت القيمة مطلقا و ان زادعلى الثمن» وليس فيه جمعا بين العوض و المعوض ، إذلم يأخذ ذلك على أنه ثمن ، بل على أنه عوض الفائت الذي استحق بالفسخ عينا أو قيمة ، فلاحظ فيه نحو أرش الجناية على كل حال ، و المتجه على ما ذكرنا الاقتصار على المتيقن ، و هو ما عرفت

فتأمل جيدا .

ولو قبض نصف الثمن مثلا وتساوى العبدان قيمة وتلف أحدهما، فعن ابن الجنيد أنه يجعل المقبوض في مقابلة التالف ، ويتخير بين الضرب بالباقي ، و بين أخذ العبد الموجود به ، لتناول الخبر له .

وفيه أن مقابلة المقبوض للتالف لامقتضى له ، فإن جملة الثمن في مقابلة المبيع، ولا أولوية لكون المقبوض مقابل التالف على كونه في مقابل الموجود ؛ و من هنا كان المحكى عن ابن البراج مراعاة التوزيع بمعنى أن له الرجوع بنصف الموجود ، و يضرب حينئذ بربع الثمن مع الغرماء ، وله عدم الفسخ و الضرب بما بقى له من الثمن؛ لكن فيه مضافا الى التضرر بالشركة أن هذا الخيار على خلاف الاصل ، والمتيقن منه ما إذا لم يقبض من الثمن شيئا ، فيبقى غيره على قاعدة اللزوم ، خصوصاً بعد النبوى[1] و إن كان قد قبض من ثمنه شيئا فهو أسوة الغرماء » و الله أعلم هذا كله اذا وجد المبيع ناقصاً .

﴿ و ﴾ أما إذا كان زائدا كما ﴿ لو حصل منه نماء منفصل كالولد و اللبن ﴾ و نحوهما ﴿ كان النماء للمشتري ، وكان له ﴾ أى البايع ﴿ أخذ الاصل بالثمن ﴾ بلا خلاف بيننا ولا إشكال، بل في المسالك أنه موضع وفاق، بل لافرق في الولد بين الحمل والمنفصل ، ولا في اللبن بين المحلوب وغيره ، لكون الجميع نماء ملك المشترى .

﴿ ولو كان النماء متصلا كالسمن والطول ﴾ مثلا ﴿ فزادت لذلك قيمته قيل ﴾ والقائل الشيخ فيما حكى عنه وعن جماعة ﴿ له أى البايع ﴿ أخذه ، لان هذا النماء يتبع الاصل ﴾ لانه محض صفة ، وليس من فعل المفلس فلايعد مالا له ، ولأنه يصدق عليه أنه وجد عين ماله، بل الظاهر عدم صدق أن معها غيرها، ولأن الفسخ هنا كالفسخ بالخيار الذى لاإشكال في كون هذه الزيادة فيه لمن عادت العين له به ، و ما في جامع المقاصد من الفرق بينهما بثبوت استحقاق الرجوع بأصل العقد في الخيار ، بخلافه هنا ، فإنه طار بعد الحجر ـ غير مجد ، بعد اشتراكهما في أن الفسخ من حينه ، و بعد

١ـ سنن البيهقي ـ ج ٦ ص ٤٧

عدم رجوع غيره من النماء بفسخ الخيار ، و إن كان ثابتا بأصل العقد .

﴿و﴾ لكن مع ذلك قال المصنف : ﴿ فيه تردد﴾ مما ذكرنا ، ومن أنها زيادة عينية قدوقعت في ملك المشترى ، و ان لم تكن من فعله ، فهي في الحقيقة عين مال البايع مع شيءآخر، ومن هناكان خيرة جماعة منهم الفاضل في المختلف و ابن الجنيد والمحقق الثاني أن الزيادة للمفلس ، لكنها لاتمنع من رجوع البايع ، لعدم سلبها صدق اسم وجدان العين، فاذا رجع كان شريكا معه بالنسبة، لكن ظاهر ما عن التذكرة أو صريحها عدم جواز الفسخ من أصله ، لأنه على خلاف الاصل ، فيقتصر فيه على المتيقن الذى هذا ليس منه ، وفيه مالا يخفى ، بل لعل القول الثاني . الذى هو مراد المصنف من تردده على الظاهر لايخلو من ضعف أيضاً على ماعرفت و الله أعلم .

﴿وكذا﴾ الكلام ﴿لو باعه نخلا وثمرتها قبل بلوغها و بلغت بعد التفليس﴾ فزادت قيمتها لزيادة في نفس الثمرة ، أما إذا كانت الزيادة في القيمة خاصة ، مع بقاء الثمرة على قدرها ، ففي المسالك في الحاقها بالمسألة وجهان ، من كون الزيادة القيمية حصلت في ملك المفلس فلا يؤخذ منه مجانا ، ومن بقاء عين مال البايع من غير تغيير ، فيدخل في عموم الخبر ، ثم قال : و استقرب في التذكرة عدم جواز الرجوع في العين مطلقا متى زادت قيمتها لزيادة السوق ، و ألحق به مالو اشتراها المفلس بدون ثمن المثل » .

قلت : لااشكال في ضعف ما في التذكرة ، ضرورة اندفاعه باطلاق النص ، إنما الكلام في أن زيادة السوق لأوصاف حصلت في ملك المفلس، كزيادته بالسمن والطول ونحوهما ، أولا ، الظاهر الثاني ، و إن قلنا به في الاول ، لعدم كونهانماء في كل مقام تنفسخ فيه المعاوضة، وعدم صحة سلب عدم وجدان عين المال بها،بل ولاصدق وجدان غيرها معها كما هو واضح . و الله أعلم .

﴿أما لواشترى حبًا﴾ مثلا ﴿ فزرعه و أحصد ، أوبيضة فاحضنها و صارمنها فرخ لم يكن له﴾ أى البايع ﴿أخذه لانه ليس عين ماله﴾ كي يصح له الفسخ فيه ،

ضرورة استحالته في ملك المشترى ، وليس المدار في الرجوع بالمغصوب على كونه عين المال حال الغصب ، ومن هنا صحّ الرجوع فيه وإن استحال في يدالغاصب إلى حقيقة اُخرى ، إذ هومال المالك على أي حال يكون ، و منه زرع المرتهن للحب المرهون ، بل قد يقال: ليس للبايع الفسخ في العصير إذا تخمّر في يد المشتري ثم تخلل ، لكنه لايخلو من اشكال . نعم في المسالك « لوقلنا بالمنع من الرد في الزيادة المتصلة ، فهنا أولى » وقدعرفت أن المختار عندنا عدم المنع من الرد فتأمل .

﴿ولو باعه نخلا حائلا فأطلع﴾ وفسخ البايع ﴿أو أخذ النخل قبل تأبيره لم يتبعها الطلع﴾ فضلا عن غيره من الاشجار، لأنه من النماء الذى قد سمعت الحكم فيه ، و دخوله في البيع للدليل لايقتضي دخوله هنا ، بعد حرمة القياس عندنا ، فما عن الشيخ رحمه الله من الدخول كما عن أحد قولي الشافعي ضعيف ، أما إذا أبّر فلا يتبعه قولا واحداً ، والظاهر عدم استحقاق المالك الاجرة حينئذ لوأراد المشترى الإبقاء إلى الجذاذ ، كما صرّح به الفاضل في القواعد ، و المحقق الثاني و الشهيد الثاني ، وكذا الحمل و الزرع في الارض ، ونحو ذلك ، بل في المسالك أنه يستحق بقاؤه الي حصاده بلا أجرة قولا واحداً ، ولعله لأن الثابت له الفسخ في العين ، وردها إلى ملكه وقد حصل ، وليس له رد المنفعة التى قد استحقها المفلس ، بل هو بمنزلة من استوفاها ، كما انه ليس له ادخال الضرر عليه باتلاف ماله لوأراد قلعه ، و هذا بخلاف مالو آجر أرضاً فزرع المستأجر و أفلس ، ففسخ المؤجر، فإنه يستحق أجرة المثل حينئذ على الابقاء إلى وقت الحصاد ، لانّ مورد المعاوضة هنا المنفعة وقد فسخ ، ولم تعد إليه باعتبار استحقاق الابقاء عليه ، فله عوضها حينئذ ، خصوصاً والمفلس لم يكن يستحقها مجانا قبل الفسخ ، فكيف يستحقها كذلك بعده .

و بالجملة الفرق بين المسألتين واضح ، ولكن لايقتضي عدم استحقاق الأجرة في المسألة الاولى ، إذ قديقال بذلك مراعاة للجمع بين الحقين ، إذ المشترى كان له الابقاء من حيث أنه مالك لامطلقا، بل قد يفرّق بين المقام، وبين بيع الارض المزروعة،

باعتبار ظهور العقد الحاصل برضاهما في البقاء ، بخلاف الفسخ الحاصل قهراً على المشترى ، ومن هنا كانت المسألة لاتخلو من إشكال ، أللّهم إلا أن يقال : إنه لا إشكال في استحقاق البقاء على البايع ، لأنه ليس بظالم ، ولتوقف تمام ماليته على ذلك ، و الأجرة إن كان يستحقها المالك عليه من جهة شغل ملكه فهي من الشرع ، لا أن استحقاق البقاء مشروط ببذلها ، فهي حينئذ تكليف مستقل مع الشك ينفى بالأصل، فتأمل جيدا ، فانه دقيق . والله أعلم .

﴿وكذا لو باع أمة حائلا فحملت ، ثم فلس وأخذها البايع لم يتبعها الحمل﴾ لوفسخ البايع ، إذهو كغيره من الحمل والنماء ولعل عود (ذكره) بالخصوص تنبيهاً على أن مقتضى قول الشيخ - في تبعية الحمل للام فى البيع لكونه كالجزء منها - القول بالتبعية هنا ، بناءٍ على عدم منع النماء المتصل نحو السمن والطول ،كما سمعته من الشيخ سابقا ، لكن قد عرفت ضعفه في محله ؛ والله أعلم .

﴿ولو باع شقصا وفلس المشترى كان للشريك المطالبة بالشفعة ، ويكون البايع أسوة مع الغرماء في الثمن﴾ بلا خلاف أجده بين أصحابنا في الحكمين ، الواضح وجه ثانيهما ، وأما وجه أولهما فقوة حق الشفعة ، بدليل ثبوتها مع انتقال العين عن المشترى حتى لو جعلها مسجدا ، بل لو تقايل المتبايعان كان للشفيع ابطال التقايل ، و الأخذ بالشفعة ، بل لو فسخ البايع بعيب في الثمن كان للشفيع فسخ الفسخ ، والأخذ بالشفعة في أحد الوجوه ، أو أصحها ، و كذا المشترى إلى غير ذلك مما يستفاد منه قوة حق الشفعة ، بخلاف خيار البايع الذى لم يثبته الشارع إلا مع وجود العين ، ولان تعلقها هنا في العين أسبق ، ضرورة حصولها بالعقد ، بخلاف الخيار المتوقف على فلس المشترى ، فهي حينئذ أرجح منها بالسبق ، ولانها لاحقة للبيع بذاته والخيار لاحق له بواسطة الحجر ، وما بالذات أولى مما بالعرض .

و إن كان الاخير كما ترى ، لامحصل له بحيث يصلح مدركا لحكم شرعى ، بل وسابقه ، إذ السبق باعتبار سبق السبب لايقتضى ترجيحا على المتأخر الذى تـأخر

سببه ، كما هو واضح ، فانحصر الوجه في الاول الذى لولاه لكان المتجه ثبوت حقهما معا ، فأيهما سبق كان الحق له ، ومع الاقتران يبطلان ويبقى للمفلس ، أو يستخرج أحدهما بالقرعة ، مع القطع بتأثير أحدهما في الواقع ، و الاحتمال فى الظاهر بناء على اعتبار ذلك في القرعة ، إذ لاظهور في دليل كل منهما في نفى ثبوت حق لغيره ، بل مقتضى عموم دليلهما الثبوت لهما ، فهو كما لو قال الشارع بالخصوص لهذا الشريك الشفعة ، ولهذا البايع الخيار .

بل قد يظهر لك مما ذكرنا وجه في أصل المسألة إن لم يقم اجماع على خلافه ، وهو القول بأن الحق للسابق منهما ، ومع الاقتران ترجح الشفعة بما ذكر مرجحاً لها من القوة وغيرها ، بل لعلّ هذا أولى مما ذكره في القواعد وغيرها من احتمال تقديم حق البايع ، لان الشفعة شرعت لدفع الضرر بالشركة التي لايختارها الشريك ، والضرر هنا يزول عن الشفيع ، لأن البايع إذا رجع في الشقص عاد الأمر كما كان قبل البيع ، ولم يتجدد شركة غيره ، واحتمال تقديم حق الشفيع بالعين ، والبايع بالثمن على ساير الغرماء ، حيث تعذر اخذه العين ، وحيث إنه عوض ماله الذى قد وجده في حال الحجر بعينه ، وقد كان حقه التقديم به لولا عروض مانع سابق ، فيرجع إلى بدله جمعا بين الحقين ، إذ الاخير واضح الفساد ، لعدم حق بعد للبايع ، بعد تقديم الشفيع في العين لكون الثمن حينئذ من أموال المشتري ، فهو وغيره من الغرماء سواء فيه ، بل و الاول لكون الضرر حكمة فى الشفعة ، لاعلة تدور مدارها ، فلاريب في أن ما ذكرناه أولى منهما والله أعلم .

﴿ولو فلس المستاجر﴾ قبل تمام استيفاء المنفعة ﴿كان للمؤجر فسخ الاجارة﴾ إن شاء من غير خلاف أجد فيه ، الحاقا للمنافع بالاعيان ، و تنقيحا للمناط ، بل ربما تكلف إدراج المنفعة في بعض نصوص الخيار ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لايجب عليه امضاؤها ولو بذل الغرماء الاجرة﴾ من مال المفلس أو من مالهم ، ولو بالاباحة للمفلس على حسب ما عرفته في بذل ثمن المبيع ، ولو كان قد استوفى المستأجر بعض المنفعة قبل الفلس ،

فسخ المؤجر فيما بقي وضرب بما يقتضيه التقسيط بالنسبة إلى الماضي مع الغرماء، إن هو كتلف بعض المبيع الذى يقسط عليه الثمن، إذ المنفعة قليلها و كثيرها يمكن إفرادها بالاجارة، بل و كذا لو استوفى بعد الفلس، ولو كانت العين المستاجرة أرضا فدزرعها المفلس، أو غرس فيها، أو بنى كان له الفسخ أيضاً، واستحق أجرة المثل على الابقاء، لما عرفت سابقا من الفرق بين الإجارة و البيع في ذلك.

بل صرح في المسالك هنا «أن لها الأجرة مقدمة على الغرماء، لما فيها من مصلحتهم بحفظ الزرع، كأجرة الكيال والوزان» و إن كان لايخلو من تأمل، بناء على استحقاق البقاء عليه، و إن وجبت الأجرة شرعا جمعا بين الحقين، ولو كانت الإجارة على عين كلية في ذمة المؤجر، ولم يكن قداقبضها المستأجر، فالظاهر أن له الفسخ أيضاً، بل لعله أولى من الفسخ في العين المشخصة التي سلمها المؤجر، وفي المسالك «إن اختار المؤجر الامضاء أمره الحاكم بتعيينها ليؤجرها» وهو كذلك، بل قد يقال: إن له الفسخ لو كانت الإجارة على عمل في ذمته، وقد فلس المستأجر قبل أن يعمل العمل كله، أو بعضه، فإنه أولى من العين.

ومنه ينقدح الخيار للبايع لو كان قدباعه شيئا في ذمته وقد فلس المشتري قبل أن يقبضه، لكون المناط في الجميع واحداً، ولو فسخ مؤجر العين وقد وجد عينه مشغولة بحمل مال للمفلس، وجب الإبقاء بالأجرة إلى المأمن، مقدماً بها على الغرماء، وكذا لو كان المفلس راكبالها، دفعا للضرر على نفسه الذى هو أولى من حفظ ماله، كما صرح بذلك كله في المسالك، و إن كان لايخلو التقدم في الأخير من بحث، إلا أن يدخل تحت النفقة.

والظاهر أن له الفسخ و إن كان المأمن في صوب المقصد، لوجود السبب، وعدم الفائدة في بعض الافراد غيرقادح بعد وجود السبب، مع أنه يمكن تصوير الفائدة في كثير من الأفراد، بل له الفسخ و إن كان المأمن منتهى المسافة المستأجرة عليها، وكذا له الفسخ و إن كان النقل إلى المأمن يحصل باجارة مساوية للنقل إلى

المقصد، أو اكثر، لكن في التذكرة أن الأولى وجوب النقل إلى المقصد، وعدم تخيره في الفسخ، بل يجب عليه امضاء العقد، ثم قال: وهل يقدم بالقسط للنقل من موضع الحجر إلى المقصد من المسمى اشكال، وهو كما ترى حتى في اشكاله، فإن المتجه بناء على عدم الفسخ عدم التقدم، كما هو واضح.

نعم ما فيها من أنه لو كان المأمن في صوب المقصد، وصوب مبدء المسافة أو تعددت مواضع الأمن و تساوت قربا و بعداً ففي التذكرة فإن كان اجرة الجميع واحدة نظر إلى المصلحة، فإن تساوت كان له سلوك أيّها شاء، لكن الأولى سلوك ما يلي المقصد، لأنه مستحق عليه في أصل العقد، و ان اختلفت الاجرة سلك أقلها أجرة، وإن تفاوتت المصلحة، فان اتفقت مصلحة المفلس والغرماء في شيء واحد تعين المصير اليه، وإن اختلفت، فالأولى تقديم مصلحة المفلس، ولا بأس به، ولو أفلس المؤجر بعد تعين الدابة فلا فسخ، بل يقدم المستأجر بالمنفعة، كما يقدم المرتهن، لأصالة اللزوم، وسبق الاستحقاق.

نعم للغرماء البيع مستحقة المنفعة، ولهم الصبر إلى انقضاء الاجارة إذا لم يوجد راغب، لكن هل يبقى الحجر مستمرا عليه إلى انقضائها إحتمال. ولعل الأقوى عدمه، ولو كانت الاجارة على الذمة، فله الرجوع إلى الاجرة إن كانت باقية، للوجدان، وله الضرب بقيمة المنفعة، كما أنه يتعين لذلك لو وجدها تالفة، وليس له الفسخ والضرب بالأجرة، لأنّه ليس كالسلم كما هو واضح والله أعلم.

﴿ ولو اشترى أرضا فغرس المشتري فيها أو بنى، ثم أفلس كان صاحب الارض أحق بها ﴾ قطعا، بل لا خلاف أجده فيه، لصدق وجود العين ﴿ وليس له إزالة الغروس ولا الأبنية ﴾ مع عدم بذل الارش قطعا. ﴿ وهل له ذلك مع بذل الارش، قيل: ﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه ﴿ نعم ﴾ لظهور ما دلّ على أن له الرجوع في العين في استحقاق منافعها، وحيث وضع بحق جمع بين الحقين ببذل الارش ﴿ والوجه المنع ﴾ لأنها قد وضعت بحق خالص للمالك، فليس لأحد إزالتها

لاحترامها ، والارش مع عدم الرضا به لا يسقط احترامها ، بخلاف الارض التي كانت ملكا للمفلس ، وقد انتفع بها بذلك ، ولم يكن لأحد فيها حق أصلا . و إنما تجددله الرجوع بالعين خاصة ، بل المتجه عدم استحقاق الأجرة على البقاء ، كما صرّح به في جامع المقاصد ، للاصل الذي قد سمعته في الزرع .

بل في المسالك « أنه يلزم على قول الشيخ أن له الابقاء بالاجرة لا مجانا ، لأن ذلك هو مقتضى تعليله ، ولكن لم يذكر احد استحقاقه الاجرة لو أبقاها ، نعم هو وجه لبعض الشافعية » و ربما يستفاد منه عدم الخلاف في عدم استحقاق الاجرة مع اختيار البقاء ، بل لعل الشيخ أيضاً لا يقول بها . و إن جوز له القلع بالأرش ضرورة عدم تلازمهما .

وحينئذ فطريق معرفة الارش على قول الشيخ تقويم الغرس والبناء قائمين بلا أجرة و مقلوعين ، فالتفاوت بينهما هو الارش . ولكن التحقيق مساواة الغرس للزرع في استحقاق البقاء بلا أجرة ، وعدم جواز القلع بالارش إلا مع التراضي ، و احتمال الفرق بينهما بأن له أمدا ينتظر ، بخلاف الغرس والبناء ، فيحصل الضرر عليه اعتبار لا يصلح معارضا لما يقتضيه الضوابط ، خصوصا بعد أن كان الفسخ اختياريا له ، لا قهريا عليه . فتأمل جيدا .

نعم لو أفلس بثمن الغرس أيضاً ففسخ صاحبه ، لعدم عوده زيادة على ما كان ، أو قلنا أن مثله يتبع العين كالسمن ـ لم يكن له استحقاق بقاء على صاحب الارض بل له قلعه من دون أرش لانه دفعه إلى المشتري مقلوعا ، بل لو قلعه صاحبه كان عليه طم الحفر ، لأنه احداث في ملك الغير لتخليص ماله ، ومصلحة بسبب فعل غير مضمون ، إذا لم يكن الغرس في الارض عدوانا ، ومن هنا كان الظاهر أنه ليس لاحدهما مطالبة الآخر بتخليص ماله من مال الاخر ، لان الغرس لم يقع من واحد منهما بغير حق ، و إنما فعله المفلس حين كان مالكاً للعين والانتفاع .

نعم لكل واحد منهما تولي ذلك ، والأولى استيذان الحاكم . والظاهر أن

صاحب الارض له قلعه ، و ان كان هو حين القلع لم يكن صالحا بعد للغرس ، لان منفعة الارض لبايعها بعد الفسخ ، ولم يكن الغرس للمفلس ، حتى يستحق إبقاؤه. لأن الفرض أن صاحبه قد فسخ أيضاً ، وقد يحتمل في المقام من جهة خبر « الضرر والضرار [1] » أن لصاحب الغرس أرش النقص على المفلس ، أو يقال : إن له الابقاء بالأجرة أو يقال إن لصاحب الارض القلع بالأرش . والله أعلم .

وكيف كان فمفروض مسألة المتن أن الغرس للمفلس ، وقد عرفت أن الحكم فيها الفسخ ، فتكون الأرض للبايع ، والغرس للمفلس ، ﴿ ثم يباعان ويكون له ﴾ أي البايع ﴿ ما قابل الأرض ﴾ بأن يقوما معاً ثم تقوم الارض مشغولة به مجانا مابقي على ما عرفت ، وينسب قيمتها كذلك إلى قيمة المجموع ، ويؤخذ لها من الثمن بنسبة ذلك ، والباقي للمفلس . هذا إن رضي صاحبها بالبيع ، ﴿ فان امتنع بقيت له الارض ، وبيعت الغروس والأبنية منفردة ﴾ باقية في الارض من غير أجرة ، ولا يجبر على بيع الارض ، و إن استلزم نقصانا عليه في بيعهما منفردين ، لأن الذي له ذلك ، فاذا بيعت كذلك كان للمشتري الدخول ، والسقي و غيرهما من الاحكام ، نحو ماتقدم فيمن باع بستانا واستثنى منها شجرات أو نخلات . كما هو واضح والله أعلم .

﴿ ولو اشترى زيتا فخلطه بمثله لم يبطل حق البايع من العين ﴾ لوجودها وإن كانت غير متميزة ، إذ هو لايستلزم عدمها ، بعدأن لم تكن واسطة بين الموجود والمعدوم ، فيقسم حينئذ بينه وبين المفلس ، لان الفرض التساوى في الزيت ، ﴿ وكذا لوخلطه بدونه ﴾ في عدم بطلان حقه من العين ، بل و في القسمة عند المصنف وغيره ﴿ لانه ﴾ بفسخه ﴿ رضي بما دون حقه ﴾ و فيه أنه أعم من ذلك ، ولعل الأوجه أن له التوصل إلى حقه بالبيع ، ويكون له من الثمن بنسبة مايخصه من القيمة ، كما جزم به في محكي التحرير ، لانهما كالمالين لشخصين لوبيعا صفقة ، وإن كانا مستقلين.

و احتمال الشركة في العين على هذه النسبة ، يدفعه ـ مضافا إلى لزوم الربا ،

---

(١) الوسائل الباب ـ ١٧ ـ من ابواب الخيار الحديث ٣ ـ ٢ ـ ٥ .

بناء على عمومه لكل معاوضة ولو القهرية ـ أنه لا مماطلة بينهما على ذلك ، والامتزاج لا يستلزمه قهرا ، وإنما يستلزم الشركة قهرا في المالين على نسبة قدرهما ، على معنى استحقاق كل منهما النصف مع فرض التساوي ، وبحيث لو تلف منه يكون بالنسبة ، أما لو بيعا لوحظ في ثمنهما ملاحظة المالين المستقلين ، ضرورة تفاوت الثمن بالنسبة اليهما ، ولا تلازم بينه وبين الاشتراك بالعين ، وللبايع الامتناع من العين هنا إذا رضي بدون حقه ، لأنه يكون حينئذ شريكا .

لكن في جامع المقاصد « فان قيل : إنه هل يجاب البايع لو طلب القسمة بعد الرجوع والمخلوط به المثل والاردى ؟ قلت: يحتمل أن لا يجاب ، لأن الخلط لم يكن على طريق الشركة ، وإنما وقع ذلك من المفلس حين كان مالكا لكل منهما ، فلو أجبناه إلى القسمة لزم تملكه بعض مال المفلس ، لامتناع فصل ملكه ، وهو باطل ، ولأن القائلين باستحقاق القيمة بالبيع بعد الرجوع لم يفصلوا ، وظاهرهم إطلاق الحكم في الحالات كلها » و في التحرير أثبت له المطالبة بالبيع في الخلط بالمثل والاردى .

قلت : ظاهر الاصحاب في غير المقام وقوع الشركة قهرا في الممتزج بالمساوى ، وكذا الأردى إذا رضي صاحب الجيد ، ولعله لأن الامتزاج موجب لذلك حتى في صورة الاختيار الذي يكون الفائدة فيه حينئذ الرضا بايجاد السبب المقتضي للشركة في نفسه ، وحينئذ فطلب القسمة في محله ، أما لو كان بالأردى فمع رضاه يعمل السبب حينئذ عمله من الاشتراك قهرا ، فلو بيعا حينئذ لم يكن له الأعلى حسب الشركة ، ولا يستحق من الثمن بمقدار قيمة ماله ، لأن الفرض حصول الشركة .

نعم له أن لا يرضى ويطالب بالبيع ، فيخصه من الثمن على نسبة القيمة ، لكن الانصاف أن ذلك كله محتاج إلى الدليل ، وإلا فالذى تقتضيه الضابطة بقاء كل مال على ملك صاحبه حينئذ حتى في المتساوى ، لتوقف ملك كل منهما شيئا من مال الاخر على التراضي ، والفرض عدم حصوله منهما ، أو من احدهما ، وربما كان هو ظاهر المحكي عن ابن الجنيد الذي اختاره في المختلف فلاحظ وتأمل .

﴿ و إن ﴾ كان قد ﴿ خلطه بما هو أجود قيل ﴾ والقائل الشيخ والفاضل في بعض كتبه ﴿ يبطل حقه من العين ، ويضرب بالقيمة ﴾ التي يطلب بها المفلس ، ﴿ مع الغرماء ﴾ لكونها حينئذ كالتالفة بالاختلاط ، و عدم التمكن من القسمة ، للاضرار بالمفلس ، و فيه أنه يمكن التوصل إلى حقه بالبيع ، و يكون من الثمن على نسبة القيمة ، ولو أثر مثل هذا الاختلاط في ذهاب العين ، لزم مثله في القسمين الأولين ، و من هنا كان مختار الفاضل وثاني الشهيدين ذلك ، فعليه لوكانت قيمة زيته درهما ، والممزوج به درهمين ، أخذ ثلث الثمن ، وهكذا ، وليس له الامتناع من البيع هنا ، و إن احتمله بعضهم ، لانحصار التوصل الى حقه فيه ، نعم للغرماء والمفلس الامتناع من البيع إذا رضوا بالقسمة معه على قدر المالين ، بناء على ما ذكرنا سابقا لانحصار الحق فيهم ، فمع رضاهم بدون حقهم لم يكن لاحد منعهم ، هذا .

و عن الشيخ أنه حكى هنا قولا آخر ، وهو الشركة في العين على نسبة القيمة فاذا خلط جرة تساوي دينارا بجرة تساوي دينارين فللبايع قيمة ثلث الجميع ، فيعطى ثلث الزيت ، وغلطه باستلزامه الربا ، و في المسالك « أنه يتم على القول بثبوته في كل معاوضة ، ولو خصصناه بالبيع لم يكن القول بعيدا » قلت : هو بعيد أيضا ضرورة عدم المعاملة بينهما ، والامتزاج لايستلزم ذلك ، فلاريب في أن المتجه ما عرفت .

نعم قد يحتمل الرجوع إلى الصلح القهري ، بل و في المسالك في باب الغبن في نحو المقام ، أنه لايخلو من قوة بل فيها وفي الروضة هناك مافيه نوع منافاة في الجملة، فلاحظ وتأمل والله أعلم .

﴿ ولو نسج ﴾ المشترى ﴿ الغزل أوقصر الثوب أوخبز الدقيق ﴾ أوعمل نحو ذلك مما يفيد المبيع صفة محضة ﴿ لم يبطل حق البايع من العين ﴾ قطعا لعدم خروجها بذلك عن الوجود ، بل ان لم تزد قيمة المبيع بهذه الصفات لم يكن للمفلس شيء سواء غرم عليه شيئا أولا ، و احترام عمله - بعد أن كان في ماله - لايقتضى استحقاق شيء على البايع ، كما انه إن نقصت قيمته لم يكن شيء للبايع ، بناء على ما عرفت

سابقا من عدم استحقاق البايع الارش بجناية البايع المقتضي للعدم في المقام بطريق أولى .

إنما الكلام فيما لو زاد بعمله ﴿ و ﴾ مقتضى قول المصنف ﴿ كان للغرماء ما زاد بالعمل ﴾ القطع بذلك ، وهو أحد القولين في المسألة ، فلو كان الثوب غير مقصور يساوي مائة ومقصورا يساوي مائة وعشرين كان للمفلس سدس الثمن ، و وجهه أن هذه الزيادة بسبب فعل للمفلس ، و فيه أن المتجه بناء على ما ذكرنا من عدم استحقاق المشتري السمن و نحوه ، العدم هنا ، كما في القواعد ، بل هو أولى ضرورة عدم كون الحاصل هنا إلا صفة محضة لا يعقل ملكها مستقلا ، فهي من توابع المملوك .

و دعوى ـ أن الفرق بينها و بين السمن حتى أنه يمكن القول بالعدم هناك ، بخلافه هنا ، بأن السمن و نحوه من الله ، و إن كان سببه من فعل المكلف ، كالعلف والسقي مع أنه قد يتخلف عنهما ، بخلاف المقام الذي هو من فعله أو في حكمه ، كما لو استأجر على العمل مثلا ، و لذا لم يجز الاستيجار على الاول دونه ـ يدفعها أنها بعد التسليم ، لا تجدى ، إذ الفعل بعد أن كان في ملكه لم يكن له ضمان على أحد ، و إنما استحق البايع العين التي يلزمها تبعية مثل هذه الاوصاف ، كما هو واضح ، ولا فرق بين كون الصفة من فعله ، أو فعل غيره ، بعد أن كانت نماء ملكه ، و زيادة قيمة العين سببها له ، فليس السبب إلا ما ذكرنا ، وبذلك قد استرحنا عن تحقيق حال الزيادة أنها وقت الفسخ ، كما هو ظاهر المسالك ، أو ولو تجددت ، كما هو مقتضى التعليل السابق .

وعلى كل حال فقد ظهر لك عدم لحوق هذه الصفات بالاعيان المتولدة من العين المحكوم بكونها للمفلس ، لانها نماء ملكه ، ولو ألحقنا الصفة بالعين ، كان للاجير على الطحن والقصارة ، حبس الدقيق والثوب لاستيفاء الاجرة ، كما أن للبايع حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، بل لو تلف الثوب أو الدقيق بيده لم يستحق الأجرة قبل التسليم فانه حينئذ كالمبيع التالف قبل قبضه ، أما على عدم الالحاق استحق ، لانه صار مسلما بالفراغ ، ولو أفلس قبل إيفاء الأجير أجرة القصارة مثلا ، ففي القواعد إن لم يزد بها

فلاشيء للأجير في ثمن العين و إن زاد و ألحقنا هذه الصفة بالأعيان ، فان لكل من البايع والاجير الرجوع إلى عين ماله ، فلوساوى قبل القصارة عشرة ، والقصر خمسة ، والاجرة درهما قدم الاجر بدرهم والبايع بعشرة وأربعة الغرماء و المراد أن للاجير حبس العين حتى يستوفي أجره ، وليس له عين مال قطعا ، بل له الحبس ، و إن لم يزد الثوب بقصارته كما سمعته سابقا ، والله أعلم . فتأمل جيدا .

﴿ولو﴾ كان قد ﴿صبغ الثوب﴾ فإن لم تزد قيمته بالصبغ لم يكن للمفلس شيء بلا خلاف أجده ، بل في المسالك قولا واحدا ، فيختص البايع حينئذ بالعين ، لكونها قائمة بخلاف عين مال المفلس ، فإنها ذاهبة ، والفرض أن الصفة لاأثر لها ، ولو زادت قيمته بقدر قيمة الصبغ ﴿ كان شريكا للبايع ﴾ في الثمن ، ﴿ بـ ﴾ قدر ﴿ قيمة الصبغ ﴾ فلو فرض ان قيمة الثوب غير مصبوغ أربعة ، والصبغ درهمان ، والمصبوغ ستة ، فللمفلس ثلث الثمن ، ولو زادت قيمته بأقل من قيمته ، كما لوفرض قيمته مصبوغا في المثال خمسة ، فالنقصان على الصبغ ، لان الصبغ تتفرق اجزاؤه في الثوب ويهلك ، والثوب قائم بحاله ، فكانت نسبة النقصان إليه أولى ، وبه جزم في القواعد لكن لايخلو من نظر ، وشرطه في المسالك بأن لايعلم استناد النقصان أو بعضه في الثوب وإلالحقه بسببه ، بل قد يظن من إطلاق المصنف الشركة بمقدار الصبغ ، وقوع النقصان عليهما بالنسبة ، فتأمل .

ولو زادت قيمة الثوب مصبوغا على قيمة الصبغ ، كما لوفرض كون الثوب في المثال يساوى ثمانية ، فالمتجه بناء على ماذكرناه اختصاص البايع بالزيادة ، لانها صفة محضة ، وقد عرفت تبعيتها للعين ، ويجيء على ماسلف سابقا احتمال اختصاص المفلس بها ، لأنها كالاعيان ، فيكون الثمن حينئذ في الفرض بينهما نصفين ، وقد يحتمل هنا بسطها على قيمة الثوب والصبغ ، فيكون الثمن اثلاثا ، بل لامحيص عنه إذا فرض كون الزيادة للثوب والصبغ ، هذا كله حكم ما ﴿إذا لم تنقص قيمة الثوب به﴾ أي الصبغ ، فإن نقص لم يكن للمفلس شيء ، بل هو أولى مما إذا لم يزد به الذى عرفته

فيما تقدم . والله أعلم .

﴿ وكذا ﴾ البحث فيما ﴿ لوعمل المفلس فيه عملا بنفسه ﴾ ضرورة عدم الفرق بينه و بين الاستيجار عليه ، بل وكذا لوتبرع متبرع به باذن المالك ، فإن الجميع عند المصنف متى زاد المتاع به ﴿ كان ﴾ المفلس ﴿ شريكا للبايع ﴾ معه في الثمن ﴿ بقدر العمل ﴾ على حسب ما عرفت ، وقد تقدم أن التحقيق عندنا عدم استحقاقه شيئا إذا لم يكن العمل صبغا ونحوه مما هو أجزاء مالية أو كالاجزاء بل ينبغي الجزم فيما لو كان العمل عمل غاصب ونحوه ، مما لم يعمله المفلس بنفسه ، ولا أذن فيه ، ولا غرم عليه أجرة كما هو واضح . والله أعلم .

﴿ ولو أسلم في متاع ﴾ وقد حل الأجل ﴿ ثم أفلس المسلم اليه قيل ﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه ، وتبعه الفاضل في التذكرة ﴿ إن وجد رأس ماله أخذه ﴾ انشاء ﴿ وإلا ﴾ بأن وجده تالفا قبل الحجر أو موجودا ولم يجز الفسخ ﴿ ضرب مع الغرماء بالقيمة ﴾ بل لا خلاف أجده في الحكم الأول لاندراجه في النصوص[1] أو استفادته من فحواها ، وإنما الكلام في الحكم في الثاني ، فإن ظاهره تعين ذلك عليه ، وأنه ليس له الفسخ حينئذ ، بل صرح به ، قال : وإن لم يجد عين ماله فإنه يضرب مع الغرماء بقدر ماله عليه من الحنطة ، وقيل أيضاً أنه إن أراد فسخ العقد والضرب مع الغرماء برأس المال كان له ذلك ، والأول أصح . وكيفية الضرب بالطعام أن يقوم الطعام الذى يستحقه بعقد السلم ، فإذا ذكرت قيمته ضرب مع الغرماء بما يخصه منها فيه ، فإن كان في مال المفلس طعام أعطي منه بقدر ما خصه من الثمن ، وإن لم يكن في ماله طعام اشترى له بالقدر الذي خصه من القيمة طعاماً مثل الطعام الذي يستحقه ، ويسلم إليه ، ولا يجوز أن يأخذ بدل الطعام بالقيمة التي تخصه ، لانه لا يجوز صرف المسلم فيه إلى غيره قبل قبضه .

﴿ وقيل ﴾ والقائل الفاضل في بعض كتبه و غيره ، بل في المسالك نسبته إلى

---

(١) الوسائل الباب ـ ٥ ـ من ابواب الحجر .

الأكثر ﴿له الخيار﴾ مع التلف أيضاً ﴿بين﴾ الفسخ و ﴿ الضرب بالثمن أو ﴾ بين اللزوم والضرب بحقه ، لكن إذا أريد معرفة مايخصه من مال المفلس اعتبر ﴿ قيمة المتاع ﴾ حينئذ لذلك ، وربما أطلق على ذلك الضرب بها مجازا ﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿هو أقوى﴾ عند المصنف ، والفاضل في بعض كتبه ، بل لم يستبعده في التذكرة أيضاً وثاني الشهيدين ، لكنه قيده في المسالك والمحكي عن غيرهما بما إذا لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه أو يشتمل عليه ، بحيث لايمكن وفاؤه منه .

قال : « ولو فرض ذلك لم يكن له الفسخ ، إذ لاانقطاع للمسلم فيه ولا تعذر ، ومن الممكن أن يصل إلى جميع حقه ، بأن يفرض عدم قصور المال حين القسمة ، وإن كان قاصراً كما مر فلابد من ملاحظة هذا القيد ، وعلى تقدير وصول البعض فلا وجه للفسخ فيه أيضاً » .

وهو من غرائب الكلام ، ضرورة أن محل البحث عدم وفاء تمام المسلم فيه للاعسار لا للانقطاع ، وحينئذ فلا فرق بين كون مال المفلس من جنس المسلم فيه ، وعدمه ، كما أنه لامعنى لفرض وفاء جميع حقه ، لمعلومية خروجه عن محل النزاع ، وكذا لامعنى لقوله لاوجه للفسخ في بعض ، إذ لعل وجهه تبعض الصفقة ، بل هو لازم لكل من قال بالخيار هنا ضرورة أنه لابد من وصول بعض حقه اليه مما يخصه من مال المفلس ، كما هو واضح .

فالتحقيق في المقام ماسمعته عن الشيخ ، لاصالة لزوم العقد ، واختصاص مادل[1] على الخيار فيما إذا تعذر المسلم فيه للانقطاع ، دون غيره ، فيضرب حينئذ بمالعمن المسلم فيه ، ويؤخذ له بما يخصه من مال المفلس بعض حقه ، وجوباً أو ندباً على ماتقدم في السلف من جواز أخذ غير الحق وفاء عنه قبل قبضه ، وعدمه ، و يبقى له الباقي في ذمة المفلس ، بل لو كان المسلم فيه ثوباً أو عبداً أو نحوهما مما هو غير متساوى الأجزاء لم يكن له الفسخ ، بل يعزل مايخصه من الحصة ، وينتظر اتمامها من المفلس

(١) الوسائل الباب ـ٥ـ من ابواب الحجر .

بعد ذلك .

خلافا للتذكرة قال : فيشترى بحصة المسلم شقص ، فإن لم يوجد فللمسلم الفسخ» وفيه بحث ، كما أن مافيها أيضا من أنه لوقوم المسلم فيه فكانت قيمته مثلا عشرين ، فافرزناله من المال عشرة لكون الديون ضعف المال ، ثم رخص السعر قبل الشراء بحيث كانت العشرة تفى بثمن جميع المسلم فيه ، فالأقرب أنه يشترى به جميع حقه ، ويسلم إليه لأن الاعتبار إنما هو يوم القسمة ، والموقوف وإن لم يملكه المسلم ، لكنه صار كالمرهون بحقه ، و انقطع حقه عن غيره من الحصص ، حتى لو تلف قبل التسليم اليه لم يتعلق له حق بما عند الغرماء ، وكان حقه في ذمة المفلس كذلك أيضاً ، إذ المتجه بناء على عدم ملك المسلم الموقوف ، لأن حقه في الحنطة لحوق الغرماء له بذلك ، لبقاء المال على ملك المفلس ، والأصل عدم حكم الرهانة فتصرف له في المثال حينئذ خمسة و توزع الخمسة الباقية عليه و على الغرماء ، كما أنه يلحق الغرماء لو زاد السعر قبل الشراء له بما وقف له من الدراهم . وهو واضح .

﴿ولو أولد الجارية ثم فلس جاز لصاحبها انتزاعها وبيعها﴾ فيه وفي غيره لصدق وجدان عين المال فسلّط على الفسخ ﴿و﴾ الاستيلاد غير مانع بعد أن ﴿لوطالب بثمنها﴾ ولم يفسخ ﴿جاز بيعها في ثمن رقبتها﴾ فأخذها حينئذ بمنزلته ، وليس للغرماءِ المنع ، وإن قلنا بتعلق حقهم بالمنفعة ، لولم تبع لأولوية حقه منهم ، ولا يشاركونه في الثمن ، لأن الذي تعلق بها حقه دون غيره ، فيتعلق حقه بثمنها القائم مقامها دون غيره ، وإن كان هو ملكا للمفلس ، إلاّ أنه كالمرهون يتعلق حق البايع به .

وعلى كل حال فالحكم خاص فيها ﴿دون ولدها﴾ لأنه حرّ باعتبار تولده ، وهو في ملك سيدها ، وإن لم يكن لأحد معه حقه ، فلاسبيل حينئذ عليها ، و لووفى بعضها بثمن رقبتها أشكل الفسخ فيها مطلقا ﴿وإذا جنى عليه﴾ أوعلى عبده أوعلى مورثه ﴿خطأ تعلق حق الغرماء بالدية﴾ لأنها مال متجدد للمفلس ، ولا يصح العفو

منه هنا لمنعه من التصرف في المال ﴿وإن كانت﴾ـت الجناية ﴿عمداً كان بالخيار بين القصاص و﴾ بين ﴿أخذ الدية إن بذلت له﴾ والواجب له اصالة القصاص على الاصح ﴿ولا يتعين عليه قبول الدية﴾ للأصل و﴿ لأنها اكتساب وهو غير واجب﴾ وله العفو عن القصاص هنا لعدم كونه تصرفا ماليا ، فتنتفي الدية حينئذ ، لأن الاصح ثبوتها صلحا لا اصالة .

أما على القول بأن الواجب أحد الأمرين فقد يقال : بتعينها بعد العفو عن القصاص ، مع أنه لا يخلو عن بحث فتأمل . أما لو قتل هو كانت ديته كماله ، ولو كان عمدا لم يجز للورثة القصاص إلا بعد أداء الدين على المشهور ، كما في الدروس ، قال : وقيده الطبرسي ببذل القاتل الدية ، وجوّز الحليون القصاص مطلقا ، قلت : ولتحقيق الحال في ذلك محل آخر والله أعلم .

﴿ نعم لو كان له دار ﴾ موقوفة عليه ﴿ أو دابة ﴾ كذلك ، وليست من المستثنيات ﴿ وجب ﴾ عليه ﴿ أن يواجرها ﴾ باذن الحاكم أو الغرماء ، لتعلق الحق بمنفعتهما وليس هو اكتسابا ﴿ وكذا لو كانت له مملوكة ﴾ ممنوع عليه بيعها ﴿ ولو كانت أم ولد ﴾ بل في المحكي عن المبسوط إذا كانت له أم ولد يؤمر باجارتها ، ويجبر على ذلك بلا خلاف ، وظاهره بين المسلمين ، لكن في التذكرة لو كانت له أم ولد أوضيعة موقوفة عليه ، ففي وجوب مؤاجرتها نظر ، من حيث أن المنافع وإن لم تكن مالا فإنها تجرى مجراه ، فيجعل بدلها للدين ، ومن حيث أن المنافع لا تعد أموالا حاضرة ولو كانت تعد من الأموال لوجب اجارة المفلس نفسه ، ولوجب بها الحج والزكوة ، والثاني أقرب ، ومقتضاه المنع مطلقا حتى في الدار الموقوفة ، والدابة ونحوهما .

وفيه منع واضح حتى بالنسبة إلى الحج بها ، على أنه لو سلم أمكن الفرق بأن الحج إنما يجب بالمال الحاضر ، والمنفعة تتجدد شيئا فشيئا ، ولا يطمئن ببقائها بحيث يستوفي الجميع ، حتى يستقر ملك الاجرة فلا يجب عليه الاقدام مع هذه المخاطرة ولو فرض بحال يستقر ملكه على الاجرة اتجه الوجوب حينئذ .

ثم إنه لاخلاف ﴿ و ﴾ لا إشكال في أن للمفلس الدعوى لانها ليست تصرفا ماليا ف ﴿ إذا شهد للمفلس شاهد بمال فان حلف استحق ﴾ وتعلق به حق الغرماء ﴿ وان امتنع ﴾ قيل لم يجبره الحاكم ، لأنه لا يعلم صدق الشاهد ، ولو علم ثبت الحق بشهادته من غير يمين ، وحينئذ فلا يجبره على مالا يعلم صدقه ، ولان الحلف تكسب وهو غير واجب .

وفيه أن المدعى يعلم صدقه وهو كاف في الجبر ، وإن لم يعلم الحاكم ، وليس هو تكسبا ، بل هو مقدمة لتحصيل ماله الواجب عليه ، لوفاء الدين المطالب به .

وعلى كل حال إذا لم يحلف فـ ﴿ هل يحلف الغرماء قيل : ﴾ والقائل الاكثر بل المشهور بل لااجد فيه خلافا من غير الاسكافي ﴿ لا ﴾ يحلفون ، بل في ظاهر التذكرة الاجماع عليه ، ﴿ وهو الوجه ﴾ للاجماع ظاهرا على عدم جواز الحلف لاثبات مال الغير ، ولما في المسالك من أن كل واحد منهم إن حلف على مجموع المال كان حلف لاثبات مال غيره ، وهو باقي الغرماء ، وإن حلف على القدر الذي يخصه بالتقسيط لم يثبت له أجمع ، بل بعضه ، لأنه مال المفلس ، فلا يتم ثبوت جميع المال بهذا الحلف ، والاعتذار عن حلفه على المجموع بأنه إنما يثبت به استحقاقه ، لا يدفع ذلك ، لأنه يتضمن اثبات مال الغير أيضاً ، وإن كان قد يناقش فيه بأنه يحلف على الجميع ، وإن كان لا يثبت له إلّا حصته ، كالوارث ، ولا يستلزم إثبات باقي المال للغرماء .

ودعوى أن ثبوت حصته فرع ثبوت المال للجميع ، ممنوعة ، كدعوى مشاركة الغير له في هذه الحصة ، إذ هو كبعض الورثة إذا حلف ، فإنه يثبت حصته ، ولايشاركه غيره فيها ، وإن كانت هي للميت فتأمل جيداً . ولذا قال في التذكرة : لو حلف بعض الغرماء عند القائلين به ، دون بعض استحق الحالفون بالقسط ، كما لو حلف بعض الورثة لدين الميت ، وليس لمن امتنع من اليمين من الغرماء مشاركة الحالف ، كالوارث إذا حلف دون باقي الورثة ، لم يكن للباقين مشاركته ، لأن المقبوض باليمين ليس عين مال الميت ، ولا عوضه بزعم الغريم .

﴿ وربما قيل بالجواز ﴾ بل هو المحكي عن أبي علي ﴿ لأن في اليمين إثبات

حق للغرماء ﴾ والممنوع إنما هو لاثبات مال الغير من دون حق ، إذ اقسام اليمين لاثبات مال الغير ثلاثة ، كما عن حواشي الشهيد الاول : أن لا يكون للحالف حق فلا يصح حلفه إجماعاً ، الثاني : أن يكون للحالف حق ولغيره حق ، لكن حق الحالف مقدم ، وهو محل البحث ونحوه المرتهن ، الثالث : أن يكون للحالف حق ولغيره حق ، ولكن حق الغير مقدم ، كالراهن ومالك الجاني فهذا يحلف ، ويثبت حق غيره إجماعاً ، وفيه أن الاصل عدم ثبوت الحق باليمين ، فيقتصر في خلافه على المتيقن ، وهو محل الاجماع ويبقى غيره على الأصل ، ومنه ما نحن فيه .

نعم يمكن التوصل هنا إلى حلف الغرماء بان ينقلوا المال إليهم بعقد شرعي يعلم به الشاهد ، ثم يشهد ويحلفون ، لكن يخرج عما نحن فيه ، وكذا الكلام فيما لو كان الدين لميت ، ونكل الوارث ، وأراد الغرماء الحلف ، إلاّ أن المحكي هنا عن حواشي الشهيد جواز حلفهم ، ولعله للفرق بينه وبين المفلس بتعذّر الوصول إلى الحق من الميت بخلاف المفلس ، لكنه كما ترى لا يصلح مخرجا عن الاصل المزبور ، فتامل جيدا والله أعلم .

﴿ وإذا مات المفلس حلّ ما عليه ﴾ بلا خلاف ولا إشكال كما تقدم سابقا ، ﴿ ولا يحلّ ماله ﴾ عند المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة ، بل عن الغنية نفي الخلاف فيه . بل عن الخلاف لا خلاف فيه بين المسلمين . للأصل بعد حرمة القياس ، على أن الفارق موجود بتضرر الورثة بالامتناع عن التصرف ، والغرماء به ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه رواية أخرى ﴾ مرسلة لأبي بصير[1] وقد ذكرناها سابقاً ﴿ مهجورة ﴾ عند معظم الاصحاب ، إذ لم أجد من عمل بها إلا الشيخ في المحكي عن نهايته التي ليست هي كتاب فتوى ، وأبا الصلاح . والقاضي ، والطبرسي ، فيما حكي عنهم . وهو لا يصلح جابراً لها كي تصلح لقطع الأصل بل الاصول كما هو واضح .

﴿ وينظر المعسر ﴾ إلى الميسرة ، كما قال الله تعالى[2] « وإن كان ذو عسرة

---

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الدين الحديث -١- .

(٢) سورة البقرة الاية ٢٨٠ .

فنظرة إلى ميسرة » وفي خبر غياث بن إبراهيم [١] عن الصادق عن الباقر عليهما السلام « أن علياً عليه السلام كان يحبس الرجل ، فإذا تبيّن له افلاسه وحاجته خلّى سبيله ، حتى يستفيد مالا » وفي وصيّة الصادق عليه السلام [٢] الطويلة التي كتبها لأصحابه « إياكم واعسار أحد من اخوانكم المسلمين أن تعسروه بشيء يكون لكم قبله ، وهو معسر ، فإنّ أبانا رسول الله صلى الله عليه وآله كان يقول : ليس لمسلم أن يعسر مسلماً ، ومن أنظر مسلماً أظلّه الله يوم القيامة ، يوم لاظل إلا ظله » .

وفي مرسل عبدالله بن سنان [٣] عن النبيّ صلى الله عليه وآله « لايحل لغريمك أن يمطلك وهو مؤسر ، فكذلك لا يحل لك أن تعسره ، إذا علمت أنه معسر » وفي المرسل [٤] « إن امرأة استعدت على زوجها عند أمير المؤمنين عليه السلام أنه لا ينفق عليها ، وكان زوجها معسراً ، فأبى أن يحبسه ، وقال: إن مع العسر يسرا ، ولم يأمره بالتكسب» والنبوى العامي [٥] « أنه صلى الله عليه وآله لما حجر على معاذ لم يزد على بيع ماله » وفي آخر [٦] « أن رجلا أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه ، فقال النبي صلى الله عليه وآله : تصدّقوا عليه ، فتصدّقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه ، فقال النبيّ صلى الله عليه وآله : خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك » .

كل ذلك مضافاً إلى ما عن المبسوط من أنه لا خلاف في أنه لا يجب عليه قبول الهبة والوصية ، والاحتشاش ، والاحتطاب ، والاغتنام ، مؤيداً بالمشهور نقلا وتحصيلا على عدم وجوب التكسب عليه ، بل أرسله بعضهم إرسال المسلمات ، وعللوا به عدم قبول الهبة ونحوها مما يظهر منه المفروغية منه ، بل عن ظاهر الغنية والسرائر الاجماع على عدم جواز دفعه إلى الغرماء ليستعملوه .

﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لا يجوز إلزامه ﴾ بالتكسب ﴿ ولا مؤاجرته ﴾ التي

---

(١) الوسائل الباب -٧- من أبواب احكام الحجر الحديث -١- .
(٢) (٣) الوسائل الباب -٢٥- من أبواب الدين الحديث -١-٢- .
(٤) الوسائل الباب -٧- من أبواب الحجر الحديث -٢- .
(٥) سنن البيهقي ج ٦ ص ٤٨ .
(٦) سنن البيهقي ج ١ ص ٥٠ .

هي نوع تكسب أيضاً، ودعوى ـ أنها ليست منه ، بل هي منفعة ، وقد تقدم أن التحقيق كون المنفعة مالاً يتعلّق بها حق الغرماء ـ يدفعها أنه لا إشكال في عدم عدّ منفعة الحرّ مالا ، ولذا لا تضمن بالفوات . وإنما تكون مالاً بالاجارة ، لا قبلها ، فلا يتعلق بها حينئذ حق للغرماء ، فما عن مالك ـ في رواية من أنه إن كان يعتاد إجارة نفسه لزم ، وأحمد وإسحاق وعمر بن عبدالعزيز وعبد الله بن الحسن العنبرى وسوار من أنه يؤاجر ، فان امتنع جبره القاضي ـ واضح الضعف ، وان احتجوا بأن النبيّ صلى الله عليه وآله [١] « باع سرقا في دينه ، وكان سرق رجل دخل المدينة ، وذكر أن وراءه مال ، فداينه الناس فركبته الديون ، ولم يكن وراءه مال ، فأتى به النبي صلى الله عليه وآله فسماه وباعه بخمسة أبعرة » ، والحر لا يجوز بيعه فثبت أنه باع منافعه .

بل ورد في طريق الخاصة خبر محمد بن سليمان [٢] « عن رجل من أهل الجزيرة يكنى أبا محمد قال : « سأل الرضا عليه السلام رجل وأنا أسمع ، فقال له : جعلت فداك إن الله عزّ وجل يقول : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ أخبرني عن هذه النظرة التي ذكرها الله عزوجل في كتابه لها حدّ يعرف ، إذا صار هذا المعسر إليه لا بد له من أن ينتظر ، وقد أخذ مال هذا الرجل وأنفقه على عياله ، وليس له غلة ينتظر إدراكها ولا دين ينتظر محله ، ولا مال غائب ينتظر قدومه ؟ قال : نعم ينتظر بقدر ما ينتهى خبره إلى الامام ، فيقضى عنه ما عليه من سهم الغارمين ، إذا كان أنفقه في طاعة الله عزوجل ، فان كان أنفقه في معصيته ، فلا شيء له على الامام ، قلت : فما لهذا الرجل الذي ائتمنه ، وهو لا يعلم فيما أنفقه في طاعة الله أو في معصيته ، فقال : يسعى له في ماله ، فيرده عليه وهو صاغر » .

وخبر السكوني [٣] عن الصادق عن الباقر عليهما السلام انّ علياً عليه السلام كان يحبس في الدين ، ثم ينظر فان كان له مال اعطى الغرماء ، وإن لم يكن له مال دفعه إلى

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٥٠ .
(٢) الوسائل الباب -٩- من أبواب الدين الحديث -٣- .
(٣) الوسائل الباب -٧- من أبواب أحكام الحجر الحديث -٣- .

الغرماء ، فيقول اصنعوا به ما شئتم ، ان شئتم واجروه ، وإن شئتم استعملوه » وإلى ذلك أشار المصنف بقوله : ﴿ وفيه رواية اخرى مطرحة ﴾ لكن في اللمعة ، وهو يدل على وجوب التكسب ، واختاره ابن حمزة ومنعه الشيخ وابن إدريس ، والاول أقرب ، وفي الروضة « لوجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبة ، والمكتسب قادر ، ولهذا تحرم عليه الزكوة ، وحينئذ فهو خارج من الاية ، وإنما يجب عليه التكسب فيما يليق بحاله عادة ولو بمؤاجرة نفسه ، وعليه تحمل الرواية » .

وفي المسالك « ولو قيل بوجوب ما يليق بحاله كان حسنا » وفي الدروس « ويجب التكسب لقضاء الدين على الاقوى بما يليق بالمديون ، ولو كان إجارة نفسه وعليه تحمل الرواية » وفي جامع المقاصد « وفيه قوة » وعن السيد عميد الدين يجب على المديون السعي إذا جرت عادته بالسعي ، وكذا لو لم تجر عادته إذا لم يستضر ، وفي الوسيلة ان كان المستدين معسرا صبر عليه من له الدين حتى يجد ، فان كان مكتسبا أمر بالاكتساب والانفاق بالمعروف على نفسه وعياله ، وصرف الفاضل في وجه دينه ، وإن كان غير مكتسب خلى سبيله حتى يجد ، وعن جامع الشرايع ومجمع البرهان الأمر بالاكتساب ، وفي المختلف قول ابن حمزة جيد ونمنع من اعسار المكتسب ولهذا تحرم عليه الزكوة .

وفي السرائر « ومن كان عليه دين وجب عليه السعي في قضائه » وفي القواعد « ويجب على المدين السعي في قضاء الدين » ونحوهما عن النهاية ، وربما استظهر منهم وجوب السعي حتى بالتكسب ، لكن صدورها ممن علم من مذهبه عدم وجوب التكسب يقضي بارادة السعي في تحصيل ماله من ديون وأموال غائبة ، ونحو ذلك ، لاما يشمل وجوب التكسب ، وربما جمع بين الكلامين بارادة وجوب السعي الشامل للتكسب ، وإرادة نفي الزام الغرماء له به ، واستعمالهم إياه و مؤاجرتهم له ، وعن التذكرة الاجماع على عدم جواز مطالبته وملازمته وحبسه .

وكيف كان فلا نصاف ان كلمات الأصحاب في المقام لا يمكن جمعها على معنى

واحد ، بل لعل الحاصل مما ذكرناه منها أربعة أقوال أو خمسة ، وأن المشهور منها عدم وجوب التكسب حتى بالتقاط مباح لا يحتاج إلى تكلف ، فيكون وجوب الوفاء عندهم مشروطا باتفاق حصول اليسار ، ولا يجب عليه تحصيله وإن تمكن منه ، تمسكا بالأصل وظاهر الآية [1] والرواية المعتضدة بما سمعت .

لكن فيه أن الاصل يقطعه ظهور أمر قضاء الدين في كونه واجبا مطلقا ، والاية لا تدل على كونه مشروطا ، ضرورة أنه يجب الانظار إلى الميسرة ، وان وجب عليه تحصيلها مع التمكن منها ، وكذا الرواية ، بل إن كانت (حتى) فيها تعليلية اشعرت بالوجوب حينئذ ، نعم هما معاً ظاهران في خلاف خبر السكوني [2] الذي قال في السرائر : « أنه مخالف لاصول مذهبنا ، ومحكم التنزيل » ضرورة أن الانظار الذي هو بمعنى التأخير مناف لاستعماله في الدين ومؤاجرته ، وكذا تخلية السبيل التي في الرواية فالقول حينئذ بوجوب السعي عليه في قضاء الدين بتكسب وغيره لا يخلو من قوة .

نعم لا يجب عليه ما كان منه فيه نقص عليه و منّة ، ترجيحا لما دلّ على عدم تحمل المؤمن ذلك عليه ، مع انه لا يخلو من إشكال فيما إذا لم يصل إلى حدّ الحرمة لكون الواجب عليه هنا حق مخلوق أيضاً يتضرر بعدم وصوله إليه ، ودعوى - عدم وجوب السعي لعدم العلم بانتاجه القضاء الواجب ، إذ قد يتخلف عنه ، والواجب من المقدمة ما كان موصلا إلى ذي المقدمة - يدفعها أولا : أنه يمكن العلم عادة في بعض أفراد السعي بحصول قضاءِ جميع الدين أو بعضه ، وثانيا : ان الاوامر المطلقة تقتضي التشاغل في مقدمات المأمور بها إلى أن يحصل العجز ، ولا يجب العلم بالتوصل ، كما أوضحنا ذلك في باب التيمم بالنسبة إلى طلب الماءِ فلاحظ وتأمل .

اللّهم إلا أن يقال إن ذلك إن وجب فهو ليس من وجوب المقدمة لوجوب ذيها بل هو من الفهم العرفي من اطلاق الخطاب ، ونمنع وجود خطاب هنا كذلك ، وعلى

---

(١) سورة البقرة الاية -٢٨٠- .

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب احكام الحجر - الحديث - ٣ - .

تقديره فهو معارض بالمنساق من الآية والرواية المعتضدتين بكلام الاصحاب ، فتأمل جيدا . لكنه مع أنه واضح النظر لا يحسم مادة الاشكال المتقدم القاضي بالوجوب الذي منه يعلم عدم الفرق بين المكتسب وغيره ، بل وبين اللائق به وغيره في وجه ، كما أنه يعلم منه أنه لا تسلط للغرماء على استعماله ، و مؤاجرته المنافية للإنظار ، وتخلية السبيل ، وإن وجب عليه هو السعي في قضاء دينه ، فتأمل جيدا . والله أعلم .

﴿ القول ﴾ الثالث ﴿ في قسمة ماله ﴾ بين غرمائه بعد بيعه ، قال الفاضل في القواعد « ينبغي للحاكم المبادرة إلى بيع ماله ، لئلا تطول مدة الحجر » وظاهر لفظ « ينبغي » فيها الاستحباب ، كما هو صريح التذكرة ، لكن قد يقال : إن الحجر على خلاف الأصل ، فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجة ، فتجب المبادرة حينئذ خصوصاً بعد مطالبة الديان ، والفرض قيام الحاكم مقام المديون ، وخصوصا مع مصلحة المفلس في التعجيل مخافة التلف ، ويجب على الحاكم مراعاة المصلحة ، ولعله لذا قال في التحرير « على الحاكم أن يبادر إلى بيع ماله وقسمته » بل في جامع المقاصد « إن الوجوب أظهر » .

نعم لا يفرط في المبادرة بحيث يؤدى إلى فساد في المال ، بأن يطمع المشترون فيه بثمن بخس ، وفي المتن والقواعد ومحكي المبسوط والتحرير والارشاد ﴿ يستحب احضار كل متاع إلى سوقه ، لتتوفر الرغبة ﴾ ومقتضاه جواز بيعه في غير سوقه ، ولو رجي الزيادة فيه ، لكن في جامع المقاصد أنه لا يبعد الوجوب ، إلا أن يقطع بانتفاء الزيادة باحضاره في سوقه ، و في المسالك إنما يستحب الاحضار إذا وثق بانتفاء الزيادة لو بيع في غير سوقه ، والا فالأولى الوجوب ، لأن بيعه فيه أكثر لطلابه ، وأضبط لقيمته ، ولكن أطلق الجماعة الاستحباب ، وظاهر اللمعة الوجوب ، وبه جزم في الروضة مع رجاء زيادة القيمة قلت : قد يقال : الاصل البراءة إذا باعه بثمن مثله في غيره ، ورجاء الزيادة تطلب للاصلح ، ولا يجب عليه ، إذ لا يزيد على مال الطفل الذي لا يجب فيه مراعاة الغبطة ، وعلى كل حال لو شق نقله إلى سوقه ، نودي عليه .

﴿ و ﴾ كذا يستحب ﴿ حضور الغرماء تعرضاً ﴾ طلب ﴿ الزيادة ﴾ فانه ربما يرغبون في بعض المتاع فيزيدون قيمته ، ولا يجب عليه ذلك ، لما عرفت ، لكن في المسالك « يمكن وجوبه مع رجاء الزيادة بحضورهم » بل وفي جامع المقاصد « لو رجي بحضورهم زيادة نفع وجب » وفيه ما تقدم ، وكذا يستحب حضور المفلس أو وكيله ، فإنه أخبر بقيمة متاعه ، وأعرف بجيّده من غيره ، وبثمنه وبالمعيب من غيره ولأنه تكثر الرغبة بحضوره ، فإن شراء المال من مالكه أحب إلى المشتري ، ولانه أبعد من التهمة ، وأطيب لقلب المفلس ، وليطلع المشتري على العيب ، فيبيعه على وجه لا يرد ، ولغير ذلك ، بل يأتي وجوب حضوره مع رجاء الزيادة به بناء على ما تقدم . وفيه ما عرفت .

﴿ و ﴾ يستحب أيضاً ﴿ أن يبدء ببيع ما يخشى تلفه ﴾ كما في القواعد ومحكي المبسوط ، والتحرير ، لما فيه من مراعاة الأصلح للمفلس ، لكن عن ظاهر الإرشاد والتذكرة ، الوجوب ، بل في جامع المقاصد لا ريب في وجوب ذلك ، لوجوب الاحتياط على الأمناء والوكلاء ، فالحاكم أولى فإن تصرفه قهري ، فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه التلف ، فيبيع الفاكهة والطعام ونحوهما ، وتبعه في المسالك فقال : « جعل هذا من المستحب ليس بواضح ، بل الأجود وجوبه ، لئلا يضيع على المفلس وعلى الغرماء ، ولوجوب الاحتياط على الوكلاء والامناء في أموال مستأمنيهم ، فهذا أولى . لأن ولاية الحاكم قهرية ، وهي أبعد من مسامحة المالك ، وحينئذ فيبدء بما يخاف عليه الفساد عاجلا كالفاكهة ثم بالحيوان ثم ساير المنقولات ثم بالعقار ، هذا هو الغالب ، وقد يعرض لبعض ما يستحق التأخير التقدم لوجه » قلت : لعل المراد خوف التلف في نفسه ، لكونه مما شأنه ذلك ، لا تخوّف التلف إن لم يبدء به وفرق واضح بين المقامين ، فتأمل جيدا .

﴿ و ﴾ يستحب أن يبدء ﴿ بعده بالرهن لانفراد المرتهن به ﴾ ولأنه ربما زادت قيمته عن الدين ، فيضمّ الباقي إلى مال المفلس ، وربما نقصت فيضرب المرتهن

بباقي دينه مع الغرماء ، وكذا العبد الجاني ، وإن فارقه بأنه لو قصر عنها لم يستحق المجنى عليه الزائد ، لان حقه لم يتعلق بالذمة ، بل بالعين ، بخلاف الرهن ، لكن لولا التسامح في السنن لأمكن المناقشة ، في اقتضاء ذلك ندبية البداءة به قبل غيره ، فمن الغريب ماعن ظاهر الارشاد ، وصريح جامع المقاصد ، من الوجوب لذلك ، الذي يمكن حصوله وإن تأخر بيعهما ، ضرورة معرفة النقصان والزيادة قبل القسمة ، كما هو واضح .

﴿ و ﴾ يستحب أيضاً ﴿ أن يعول على مناد يرتضي به الغرماء والمفلس دفعا للتهمة ﴾ عنه ولايجب للاصل ، ولأنه بالحجر على المفلس سقط اعتباره ، وكان كوكيله ، والغرماء إنما لهم حق الاستيفاء من القيمة . والحاكم أمين شرعي لا تتطرق إليه التهمة ، ﴿ فـ ﴾ من هنا ﴿ إن تعاسروا عيّن الحاكم ﴾ وسقط استحباب مراعاتهما معا ، هذا . ولكن عن جامع المقاصد هذا الحكم ينبغي أن يكون على طريق الوجوب فان الحق في ذلك للمفلس ، فإنه ماله والغرماء لانهم استحقوا صرفه إليهم بدينهم ، وتبعه في المسالك ، وفيه ماعرفت ، خصوصاً بعد ماحكي عن جامع المقاصد من أنه يفوض إليهم التعيين ، فان كان مرضيا أي ثقة أمضاه الحاكم ، وإلا ردّه وعين غيره ، وهو في الحقيقة غير خارج عن تعيين الحاكم ، بل عنه أيضاً والتذكرة التصريح بأن المقام ليس كالراهن والمرتهن . إذا اتفقا على غير ثقة لبيع الرهن جاز ، إذ لا نظر للحاكم معهما هناك ، بخلاف ما هنا ، فان للحاكم نظرا في مال المفلس ، إذ الحجر بحكمه ، وربما ظهر غريم فيتعلق حقه .

هذا كله إذا كان مختار كل منهم متطوعا ، أو بأجرة متحدة ، والاقدم المتبرع وقليل الأجرة مع صلاحيته لذلك ، ولكن الانصاف مع ذلك كله عدم خلو الجزم بعدم اعتبار مالك المال ، والغرماء الذين تعلق حقهم به بالحجر ، من إشكال ، خصوصا مع أصالة عدم تسلّط غير المالك ، وذي الحق على المال ، بل قد يقال باعتبار تقدم اختيار المفلس مع عدم الضرر على الغرماء ، لأنه المالك ، وحقهم إنما تعلق من حيث الاستيفاء لا غيره ، بل لا يعتبر رضاهم بعد تعيينه ، كما هو واضح . فتأمّل جيدا .

ومن ذلك يعلم ما في المحكي عن المبسوط من أنهم ان اختلفوا فاختار المفلس رجلا ، والغرماء آخر ، نظر الحاكم فإن كان أحدهما ثقة ، والآخر غير ثقة مضى الثقة ، وإن كانا ثقتين إلاّ أن أحدهما بغير أجرة أمضاه ، وإن كانوا جميعا بأجرة قبل أوثقهما وأصلحهما للبيع ، وعن التذكرة أنه زاد وإن كانا متطوعين ضمّ أحدهما إلى الآخر ، لانه احوط ، وفي جامع المقاصد بعد أن حكي ذلك قال : و من هنا يعلم أن عبارة القواعدالتي هي كعبارة الكتاب تحتاج إلى تنقيح .

قلت : الأمر في ذلك سهل ، ضرورة معلومية تتبع الحاكم التراجيح التي لا يسع للفقيه حصرها ، وإنما المهم تنقيح ما قدمناه ، فتأمّل جيداً . والله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ اذا لم يوجد من يتبرع بالبيع ولابذلت الاجرة من بيت المال ﴾ المعد للمصالح التي هذه من جملتها ، لعدم سعته لذلك ، اولأهمية صرفه في غيره ، ولامن تبرع بها ﴿ وجب أخذها من مال المفلس ، لأن البيع واجب عليه ﴾ بل الاقوى عدم وجوب أخذها من بيت المال ، بل أطلق في القواعد كون الأجرة عليه ، كما أنه أطلق تقدم أجرة الكيال والوزان والحمال ، وما يتعلق بمصلحة الحجر على ساير الديون ، أللّهم إلا ان يريد ما في محكي التذكرة من أن مؤنة الاموال كاجرة الوزان والناقد والكيال والحمال والمنادى وأجرة البيت الذي فيه المتاع مقدمة على ديون الغرماء ، لانها لمصلحة الحجر ، وإيصال أرباب الحقوق حقهم ، ولو لم تقدم لم يرغب أحد في تلك الاعمال ، وحصل الضرر للمفلس والغرماء .

هذا كله إذا لم يوجد متطوع بذلك ، ولا في بيت المال سعة له ، فإن وجد متطوع أو كان في بيت المال سعة لم يصرف مال المفلس إليها ، ومقتضاه عدم جواز أخذها من مال المفلس ، مع وجود بيت المال ، مع أن ذلك لضرورة وفاء دينه ، فكيف لا يجوز صرفه من ماله ، فلاريب في أن الاقوى الجواز ، بل الأحوط عدم الأخذ من بيت المال إلا أن يعطى للمفلس من حيث فقره ، بل ينبغي وفاء دينه عنه ، بل قد سمعت خبر محمد بن سليمان [1] وقد تقدم في آخر باب القرض مايدل من النصوص [2] على وجوب

(١و٢) الوسائل الباب ٩ من ابواب الدين الحديث ٣ ـ ٢ .

ذلك على الامام ، وأنه إن لم يقضه عنه كان عليه وزره ، لقوله تعالى [١] : « إنما الصدقات » الى آخره فلاحظ و تأمل ، لكن ذلك غير ما نحن فيه ، إنما الكلام في اعطائه هذه المؤن من بيت المال ، وان لم تحتسب على المديون ، وهو لا يخلو من إشكال ، والله أعلم.

﴿ ولا يجوز تسليم مال المفلس ﴾ لمن اشتراه ﴿ إلا مع قبض الثمن ﴾ منه سابقا لمنافاته الاحتياط اللازم مراعاته في المقام ، بل لو رضي المفلس والغرماء أمكن للحاكم المنع في وجه ، لأن له نظرا في المال ، ولجواز ظهور غريم ، وإن كان الأوجه خلافه ، لأصالة عدم غريم آخر ، ﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ إن تعاسرا تقابضا معاً ﴾ كما في كل بايع ومشترى ، ولا وجه لجبر المشترى على التسليم سابقا خلافا لما عن المبسوط في أول كلامه ، ولا يبيع الا بثمن المثل فصاعدا ، إن أمكن حالا ، بل صرح الفاضل بأنه لا يبيع إلا بنقد البلد ، لأنه أوفر ، ولان التصرف على الغير يراعى فيه المتعارف .

قلت : هو كذلك إذا لم يتفق المفلس والغرماء على البيع بغير نقد البلد ، وإلا اتجه الجواز ، وخصوصا إذا كان أعود لهم وموافقا لجنس الدين ، بل قد يقال بجواز البيع بدون ثمن المثل مع رضاهم ، لأصالة عدم غريم آخر ، ولو لم يوجد باذل لثمن المثل ، لم يجز تأخيره طلبا لمصلحة المفلس ، مع عدم رضا الغرماء ، ولعل المراد بثمن المثل في كلام الأصحاب ما يبذل في مقابلته في ذلك المكان والزمان .

نعم في محكي التذكرة لو كان بقرب بلد ملك المفلس بلد فيه قوم يشترون العقار في بلد المفلس أنفذ الحاكم إليهم ليتوفر الثمن على المفلس .وفي جامع المقاصد « لا وجه لتخصيص العقار ، وكذا غيره » ولا بأس به ولو كانت المصلحة للمفلس في البيع بغير نقد البلد لم يجب إليه إذا كان مخالفا لجنس حق الغرماء ، بل بيع بالنقد وإن خالف حقهم ، ثم يصرف إليه إذا لم يرضوا به عوضا عن حقهم ، وعن التحرير أنه إذا بيع بغير جنس الحق من النقد دفع إلى الغرماء بالقيمة ، ولعله يريد مع التراضي .

---

(١) سورة التوبة الاية ٦٠ .

و كيف كان فما يقبضه الحاكم من الاثمان على التدريج ، فان كان الغريم واحدا سلم اليه من غير تأخير ، وكذا إن امكنت قسمته بسرعة ، وإن كان يعسر قسمته لقلته وكثرتهم جاز له التاخير ، إلاّ إذا امتنعوا ، فإنه يقسم عليهم حينئذ، ولا يكلفوا حجة على انتفاء غيرهم لعسرها ، بل يكتفي باشاعة حاله ، بحيث لو كان لظهر ، و تكليف الورثة الحجة على انتفاء غيرهم باعتبار كونهم أضبط من الغرماء لا يستلزمه هنا . والله أعلم.

﴿ ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة قيل ﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه والفاضل في قواعده ﴿ يجعل ﴾ المال ﴿ في ذمة ملي ﴾ بقرض ونحوه ﴿ احتياطاً ﴾ لحفظ المال ، إذ هو أولى من الايداع المحتمل للتلف بلاضمان ﴿ وإلا ﴾ يوجد ملي يجعله في ذمته ﴿ جعل وديعة لأنه موضع ضرورة ﴾ حينئذ ، و ظاهرهما وجوب الأول مع التمكن عنه ، وإن لم يكن في غيره مفسدة و نوقش في ذلك بأن فرض الحاكم في الاموال التي يليها الاستيداع ، كما في أموال اليتامى و غيرهم ممن أمره أحوط من مال المفلس ، والفرق بأن مال الصبي معد لمصلحة تظهر له ، من شراء تجارة أو عقار ونحوهما ، وقرضه قد ينافي ذلك ، بخلاف مال المفلس المعد للغرماء خاصة كما ترى ، ولعله لذا نسبه المصنف إلى القيل مشعرا بتمريضه ، بل في التذكرة ، القطع بجواز الايداع ، مع التمكن من القرض ، و إن كان هو أولى واستحسنه في المسالك .

لكن قد يقال : إن الموافق لما تقدم من المسالك وغيرها وجوب مراعاة الاصلح للأمين الشرعي الذي في الحقيقة نائب عن الشارع في ذلك ، و معلوم أن الأصلح واجب المراعاة على الشارع ، لقبح ترجيح المرجوح بالنسبة اليه ، ولعل ذلك هو مبنى ما تقدم سابقا ، وان كان هو متخلفاً في بعض أفراده ، ضرورة الفرق بين مراعاة الأصلح من الافراد الموجودة ، و بين تطلب الفرد الاصلح وان لم نعلم بوجوده ، فإنه يمكن منع وجوب الثاني بخلاف الاول ، بل قد يمنع وجوب تطلب ذي المصلحة فضلا عن الاصلح.

و على كل حال يكون ذلك هو المدار في المسألة و أفراده مختلفة لا يسع الفقيه ضبطها ، وينبغي حينئذ اعتبار الامانة مع الملاءة ، بل لعل الأولى أخذ الرهن مع

التمكن منه ، و ربما أغنى هو عن الملاءة بل والأمانة ، ولا يؤجل القرض بعقد بيع ونحوه ، لأن الديون حالة ، اللهم إلا أن لا يوجد مقترض بدونه ، وكان هو مع الاجل أرجح من الوديعة ، فان المتجه القرض ، وبالجملة المدار في المسألة بالنسبة إلى التطلب على عدم المفسدة ، ولا يجب عليه تطلب المصلحة ، فضلاً عن الاصلح .

نعم لو وجد اعتبر مراعاتهما ، بل لا يجوز له ترك الأصلح حينئذ ، بناء على ما عرفت فتأمل وينبغي أيضاً اعتبار العدالة في الودعي ، بل في المسالك ، و مراعاة من يرتضيه الغرماء والمفلس ، ومع الاختلاف يعين الحاكم ، لكن اقتصر في التذكرة على الغرماء ، فقال: وينبغي أن يودع ممن يرتضيه الغرماء ، فإن اختلفوا وعينوا من ليس بعدل لم يلتفت الحاكم ، و عين من أراد من الثقات ولا يودع من ليس بعدل ، ولا ريب في أنه ينبغي مراعاته ايضا فيودع حينئذ ممن يرتضيه الثلاثة ، و قد عرفت المدار في أصل المسألة . نعم قد يقال : بعدم اعتبار الحاكم في المقام إذا قطع بانتفاء غريم آخر ، ضرورة انحصار الحق حينئذ في المفلس والغرماء ، بل ومع احتماله أيضاً لاصالة عدمه أما لو كان بعض الغرماء غائبا أو ناقصا اعتبر الحاكم حينئذ ، وتكليفه حينئذ في الحفظ ما عرفت ، والله أعلم .

﴿ ولا يجبر المفلس على بيع داره التي يسكنها ﴾ اجماعا محكيا عن المبسوط ، و في الغنية والتذكرة لقول الصادق عليه السلام في حسن الحلبي أو صحيحه [1] « لا تباع الدار ولا الجارية في الدين ، لأنه لابد للرجل من ظل يسكنه ، و خادم يخدمه » و في صحيح ذريح المحاربي « لا يخرج الرجل من مسقط رأسه بالدين » و هو الذي ذكره ابن أبي عمير على ما رواه ابراهيم بن هاشم [2] قال : « إن محمد بن أبي عمير كان رجلا بزازا فذهب ماله وافتقر ، و كان له على رجل عشرة آلاف درهم ، فباع دارا له كان يسكنها ، بعشرة آلاف درهم وحمل المال إلى بابه ، فخرج إليه محمد بن أبي عمير فقال : ما هذا ؟ فقال : هذا مالك الذي علي قال : ورثته ؟ قال : لا ، قال : وهب لك ؟

(١و٢) الوسائل الباب ١١- من ابواب الدين الحديث ١-٥ .

قال ، لا ، قال : فهل هو ثمن ضيعة بعتها ؟ قال : لا ، قال : فما هو ؟ قال : بعت داري التي اسكنها لاقضي ديني ، فقال محمد بن ابي عمير: حدثني ذريح المحاربي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لايخرج الرجل عن مسقط رأسه بالدين ، إرفعها لاحاجة لي فيها ، والله إني لمحتاج في وقتي هذا إلى درهم واحد ، ومايدخل ملكي منها درهم ، وكان ذلك من ابن أبي عمير لكمال ورعه ، و علو همته ، وإلا فليس مراد الصادق عليه السلام عدم بيع المالك برضاه ، واختياره لوفاء دينه ، إذ لاريب في جوازه ، بل لاأجد خلافا فيه ، ويمكن دعوى الاجماع أوالضرورة على خلافه ، بل المراد أنه لايلزم بيعها ويجبرعليه ، اذ لايجب عليه شرعا الوفاء بها .

نعم قد يفهم من خبر عثمان بن زياد [1] أنه لاينبغي لذي الدين أن يكون سببا لبيع المديون داره ، ولو برضاه ، أويرضى له بذلك ، قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام إن لي على رجل دينا ، وقد أراد أن يبيع داره فيقضي ؟ فقال له أبو عبدالله : أعيذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه ، أعيذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه ، أعيذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه » .

و على كل حال فلاتباع الدار في الدين ، لكن في خبر سلمة بن كهيل [2] « سمعت علياً عليه السلام يقول لشريح : أنظر إلى أهل المعل والمطل في دفع حقوق الناس من أهل القدرة واليسار ، ممن يدلي بأموال المسلمين إلى الحكام ، فخذ للناس بحقوقهم وبع فيه العقار والديار ، فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول : مطل المسلم المؤسر ظلم للمسلمين ، و من لم يكن له عقار ولادار ولامال فلاسبيل عليه » وينبغي حمله على الموسر المماطل ، أو على الزايد عن قدر الحاجة ، أو على التقية ، أو غيرذلك ، و قد يلحق بالدار بيوت الاعراب ، وبالجارية خدمة الاحرار ، إذاكان من أهل ذلك ، فيعزل من ماله حينئذ مقدار اجاراتهم ، وستعرف في آخر المبحث أن مدار ذلك كله العسر والحرج ، الشاملان لذلك وغيره مما يضطر إليه لمعايشه أو رفع النقص عنه .

وكيف كان فلو فرض كون الدار زائدة عما يحتاجه سكن ما احتاجه ﴿ ويباع

(١-٢) الوسائل الباب ١١ــ من ابواب الدين الحديث ٣-٩ .

منها مايفضل عن حاجته * لوفاء دينه الواجب عليه ، كماصرّح به الفاضل في القواعد وثاني الشهيدين ، و يحيى ابن سعيد في المحكي عن جامعه ، و غيره ، بل لاأجد فيه خلافا ، ويرشد إليه التعليل في صحيح الحلبي [1] المتقدم ، و قال الصدوق كان شيخنا محمد بن الحسن رضي‌الله عنه يروى [2] « إن كانت الدار واسعة يكتفى صاحبها ببعضها فعليه أن يسكن منها ما يحتاج اليه ، و يقضي ببقيتها دينه » و كذلك إن كفتهدار بدون ثمنها باعها ، واشترى بثمنها دارا يسكنها ، ويقضي أيضا بالثمن دينه .

و في موثق مسعدة بن صدقة [3] « سمعت جعفر بن محمد عليه‌السلام وسئل عن رجل عليه دين ، وله نصيب في دار ، وهي تغل غلة فربما بلغت غلتها قوته ، و ربما لم تبلغ حتى يستدين ، فإن هو باع الدار ، وقضى دينه بقي لادار له ، فقال : إن كان في داره ما يقضي به دينه ، ويفضل منها ما يكفيه وعياله ، فليبع الدار ، وإلا فلا ، كل ذلك مضافا إلى أصالة لزوم الوفاء ، مع التمكن الذي يجب الإقتصار في الخروج منه على المتيقن ، و هو غير ذلك ، بل هو المنساق من دليل الاستثناء و منه و بعض ما تقدم يعلم أنه لوفرض زيادة قيمتها عليه ، وجب بيعها ، وشراءاللائقة بحاله ، وأخذالزائد .

لكن عن التذكرة المنع من بيعها ، وكذا الخادم ، وشراء أدون منهما للأصل المقطوع بماسمعت ، والنهى عن بيعهما ، وفيه ما لايخفى بعد ما عرفت ، مع أن الذي وجدته فيها في باب الدين أنه لايكلف بيع داره ، و شراء أدون إذا كانت داره بقدر كفايته ، وكذالايكلف بيع خادمه وشراءِ أدون ، ولابيع فرسه و شراء أدون ، للاصل وعموم النهي عن بيع هذه الاشياء ، وهوغير صريح في الخلاف فتأمل . ولوكان له دور متعددة وفرض احتياجه إلى سكناها لم يبع شيء منها ، كما صرح به ثانى الشهيدين للتعليل السابق ، و ارادة الجنس من الدار .

(وكذا) البحث في *(أمته التي تخدمه)* المحتاج اليها الذى حكى الاجماع عن المبسوط ، و في الغنية و ظاهر التذكرة على عدم بيعها في الدين ، مضافا إلى صحيح

(١ ـ ٣) الوسائل الباب ١١ ـ من ابواب الدين الحديث ١-٦-٧ .

الحلبي[1] المتقدم ، المحمول لفظ الجارية فيه على المثال للخادم ، ولوعبداً، بل المتعدد كالمتحد مع الحاجة ، نحوماسمعته في المسكن . نعم قديتوقف في عدم جواز بيع ذلك إذا كانت الحاجة من حيث الشرف ، لامن حيث الاضطرار ، حتى بالنسبة إلى الدار الواحدة، والخادم الواحد ، لاصالة لزوم وفاء الدين، وظهور التعليل في أن المدارعلى الاضطرار ، بل منه قد ينقدح بيع داره المملوكة لوكان له دار قد وقفت عليه ترتفع ضرورته بسكناها ، وكذا الخادم .

و في المسالك سابقاً أنه لوكانت له أم ولد تحصل خدمته بها فالظاهر الاكتفاء بها عن مملوكته ، لصدق المملوكة ، و ان تشبثت بالحرية فيباع ماسواها مع احتمال عدمه، وفيه نوع ايماء إلى ما ذكرنا، لكن قديقال : إن ما احتاج اليه من حيث الشرف أشق على النفوس من الضروريات ، و المدار في المسألة كما سمعته على العسر و الحرج ، فتأمل جيدا .

وكيف كان فقد ظهر لك مما قدمنا ضعف المحكي عن ابن الجنيد من جواز الالزام ببيع الدار والخادم في الدين، و إن كان الأولى تركه ، قال : «و يستحب للغريم إذا علم عسر من عليه الدين أن لايحوجه الى بيع مسكنه و خادمه الذى لايجد غناء عنهما ، لاوثوبه الذي يتجمل به ، و أن ينظره إلى أن ينتهي خبره إلى من في يده الصدقات إن كان من أهلها أوالخمس إن كان من أهله ، فإن لم يفعل ذلك وثبت دينه عند الحاكم ، وطالب الحاكم ببيع ذلك فلابأس أن يجعل ذلك الملك رهنا في يدغريمه، فإن أبى إلااستيفاء حقه أمره الحاكم بالبيع، وتوفية أهل الدين حقوقهم، فإن امتنع حبسه إلى أن يفعل ذلك، فإن دافع باع عليه الحاكم» إذ هوكماترى اجتهاد في مقابلة النص والفتوى ، بل الاجماع ، بل كما عرفت .

وخبر سلمة بن كهيل[2] المتقدم محمول على ماسمعت، هذا ولم نعثر فيما وصل إلينا من النصوص على استثناء غير الدار ، والجارية ، و الكفن ، لكن في الغنية « ولا

(١ و٢) الوسائل الباب — ١١ — من ابواب الدين الحديث — ١ — ٩ —

دابته التي يجاهد عليها بدليل اجماع الطائفة » . و في المسالك بعد ذكر الدار والجارية اللائقين بحاله قال: « وفي حكمها دابة ركوبه، ولو احتاج الى المتعدد استثنى كالمتحد» وكذا الروضة ، وفي الارشاد « ولافرس ركوبه إذا كان من أهلها » و نحوه التذكرة من دون شرط ، وكذا جامع المقاصد .

قلت: لعل المدار في ذلك وغيره مما تسمعه من ثياب التجمل ونحوها عدم الحرج في الدين ، و إرادة الله بنا اليسر دون العسر ، و نحو ذلك مما دلّ على هذا الاصل ، و ربما كان في دين التذكرة إشارة اليه فلاحظ وتأمل . و لعلّ في قوله[1] « و إن كان ذوعسرة فنظرة إلى ميسرة » نوع ايماء اليه ، كالتعليل فى صحيح الحلبى[2] ضرورة حصول العسر والحرج والمشقة التي لاتتحمل فى بيع الضروريات، ولو بحسب الشرف الذى يكون في عدمه نقص و إذلال لاترضى به الأنفس العزيزة ، بل ربما كان عليها أشد مراعاة من الضروريات للمعاش ،بل قد يهون عليهم في مقابلة إزهاقها ، ومن هنا أسقط الشارع التكاليف له في باب الوضوء والغسل واستطاعة الحج وغيرذلك ، ودعوى أن ذلك لايتم في حقوق المخلوقين كما عن بعض الشافعية واضحة المنع، ضرورة إطلاق الأدلة ، كدعوى أنه مشترك بينه و بين صاحب المال ، إذ فيه أنه لاعسرولاحرج فى الانتظار ، ولوفرض حصوله في خصوص شخص لم يكن معتبراً ، لأن المدارعلى المشقة على الصنف لاالشخص ، كما حقق في محله .

كل ذلك مع أنه يمكن دعوى صدق ذى العسرة على من لم يجد غير ذلك ، وأنها لايتحقق صدق الميسرة بها ، لأن المراد بذى العسرة الشدة و الضيق عليه ،لو أراد الوفاء ، و عكسه الميسرة ، ولاريب فى تحقق الشدة و الضيق عليه لوكلف ببيع ضرورياته ، ولعله لذا استدل بها الفاضل فى المختلف على استثناء الدار و الجارية ، وحكى عن الاردبيلي أنهم قديستثنون بعض الامور المحتاج اليها، مثل الكتب العلمية لاهلها ، لكن فى التذكرة « ولايترك له الفرش والبسط ، بل يسامح باللبد والحصر

(١) سورة البقرة الاية ٢٨٠

(٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الدين الحديث -١-

القليل القيمة» ويمكن منعه عليه بناء على الأصل الذى قد ذكرنا ، على مايظهر من بعضهم من الاقتصار على بعض الضروريات ، اللّهم إلا يريد المثال ، بل ستسمع ما في موضع آخر من التذكرة من شرط الاخذ عندنا أن لايكون مما يحتاج اليه المفلس في ضروريات معاشه ، وبالجملة فالمدار في المسألة على ماذكرنا .

نعم قديشك في تحقق العسر بالنسبة إلى بعض الامور، فتباع حينئذ في الدين لأصالة وجوب وفائه حينئذ فتأمل جيدا . هذا وفي المسالك «لافرق في المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغرماء وعدمه عندنا» قلت : قداستشكل فيه الفاضل في المحكى عن تحريره ، والشهيد في الحواشي ، لتعارض العمومين، بل قديقال بظهور نصوص المقام في غير الفرض ، فيكون دليل الفسخ بلامعارض، بل لعل مثله ليس بيعا في الدين ،لكن قد يشعر قوله في المسالك عندنا بالاجماع ، و ربما ظهر ذلك أيضاً من التذكرة حيث لم يحك الخلاف فيه ، إلاعن احمد لقوله[1] «من أدرك متاعه» إلى آخره وأجاب عنه بأنه ليس على إطلاقه ، لأنه مشروط إجماعا بشرائط تخرجه عن الاحتجاج به في صورة النزاع ،لأن شرط الأخذ عندنا أن لايكون مما يحتاج إليه المفلس في ضروريات معاشه .

﴿ولو باع الحاكم أو أمينه مال المفلس ، ثم طلب بزيادة لم يفسخ العقد﴾ إذا لم يكن ذلك بخيار ونحوه، بلاخلاف أجده فيه ، للاصل السالم عن المعارض ،﴿ ولو التمس من المشترى الفسخ لم يجب عليه الاجابة﴾ للأصل أيضاً ﴿لكن يستحب﴾ قطعا في كل طالب للاقالة ، فضلا عن المقام ، و لوكان البيع بخيار فسخ بل في جامع المقاصد «لاريب في الوجوب » و في المسالك « في الوجوب نظر، اقربه ذلك ، و إن كان قدبيع بثمن المثل ، للقدرة على تحصيل الزيادة بالفسخ ، فيكون كما لوطلب بزيادة عن ثمن المثل قبل البيع» قلت: ينبغي الجزم بذلك، مراعاة للاصلح مع تيسره ، وفرق واضح بينه و بين ما اذا لم يكن خيار ، وإن بذل المشترى الاقالة لعدم حق للمفلس ينبغي مراعاته ، فلايجب على الحاكم الاجابة لوبذلها المشترى فضلا عن وجوب الالتماس عليه ، وان علم اجابة المشترى له .

---

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٤٥

نعم يستحب للحاكم الفسخ مع رضا المشترى كما نص عليه فى القواعد وغيرها ، بل قد يقال : باستحباب التماس الحاكم للمشترى عليها، بل عليه يحمل ما عن المبسوط إذا باع الحاكم أو أمينه من مال المفلس بثمن مثله، ثم جاء به زيادة بعد لزوم البيع وانقطاع الخيار ، سئل المشترى الإقالة أو بذل الزيادة ، ويستحب للمشترى الاجابة الى ذلك ، لان فيه مصلحة المفلس ، وان لم يجبه إلى ذلك لم يجبر عليه ، لان البيع الاول قد لزم ، إذ احتمال ارادة وجوب السؤال مخالف للاصل ، بلا مقتض .

ومن الغريب ما في الحواشي المنسوبة الى الشهيد عند قول الفاضل ولو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ ، قال : «هذا إن كان للبايع خيار مجلس أوشرط أو غبن ، و إلافلا، نعم يستحب للمشتري الاقالة ، ويحتمل في الاول الوجوب» وقد استشكله في باب الوكالة خصوصاً على قول الشيخ أن المبيع لايملك إلابعد انقضاء الخيار ،قلت: المتجه أيضاً وجوب الفسخ على الوكيل مع الخيار، وعموم وكالته له مراعاة للمصلحة، كما هو واضح . ولعل الذي دعاه الى ما ذكره ظهور قول الفاضل استحب الفسخ في أن له ذلك ، و ان لم يرض المشترى، وليس الامع الخيار، وفيه أن المراد استحباب الفسخ مع رضى المشتري بالاقالة ، كما ذكرناه سابقا والله أعلم .

﴿ويجري عليه نفقته وكسوته ونفقة من تجب عليه و كسوته ، و يتبع في ذلك عادة أمثاله إلى يوم قسمة ماله ، فيعطى هو وعياله نفقة ذلك اليوم ﴾ بلاخلاف أجده في شيء من ذلك ، و في محكي المبسوط لاخلاف في أنه يجب أن ينفق عليه ، و على من تجب عليه نفقته من أقاربه و زوجته ومماليكه من المال الذى في يده ، ولايسقط عنه نفقة أحد منهم. وفيه أيضاً يجب أن يكسى و يكسى جميع من تجب عليه كسوته من زوجته وأقاربه اجماعا، وقدرها ماجرت به عادته من غير سرف ، وقد حد ذلك بقميص وسراويل ومنديل وحذاء لرجله ، و ان كان من عادته أن يتطلس دفع إليه طيلسان ، وإن كان برداشديدا زيد في ثيابه محشوة ، و أما جنسها فانه يرجع أيضاً فيها إلى عادة مثله مع الاقتصاد ، وفي التذكرة« يجب على الحاكم أن يترك له دست ثوب يليق بحاله، وقميص وسراويل ومنديل ومكعب ويزيد في الشتاء جبة ، ويترك له العمامة

والطيلسان والخف ، و دراعة يلبسها فوق القميص إن كان لبسها يليق بحاله ، لأن حطها عنه يزرى بحاله، وفي الطيلسان والخف نظر، (إلى أن قال) : ويجوز أن يترك له نفقة يوم القسمة، وكذا نفقة من عليه نفقته» إلى غيرذلك من كلماتهم ، وإن اقتصر بعضهم علي ثياب التجمل ، إلا أن المدرك في الجميع واحد ، وهوما ذكرنا سابقاً .

مضافا الى ماتسمعه مما ورد في الكفن الذي هوكسوة الميت ، فان الحي أعظم حرمة منه ، و إلى مايشعر به في الجملة خبرعلي بن اسمعيل[1] « عن رجل من أهل الشام أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن رجل عليه دين قد فدحه وهو يخالط الناس ، وهو يؤتمن يسعه شراء الفضول من الطعام والشراب، فهل يحل له أم لا؟ وهل يحل أن يتطلع من الطعام ، أم لا يحل له الا قدر ما يمسك به نفسه ويبلغه ؟ قال : لابأس بما أكل » والنبوى [2] «ابدء بنفسك ثم بمن تعول» والى مادل على وجوب الانفاق الذى يرجح على مادل على وفاء الغريم بوجوه منها فتوى الاصحاب ، واختص نفقة ذلك اليوم لعدم انضباط غيره ، ولاحتمال تعلق وجوب نفقة اليوم الشامل لليل عليه بأول اليوم ، دون غيره من الايام ، وان قلنا بارتجاع نفقة من يموت من عيلته في اثناء النهار ، بناء علي أنه يملكه المنفق عليه ، بشرط اجتماع الشرائط لامطلقا ، وان احتمله في المسالك .

وعلى كل حال بذلك يفترق عن الكسوة التى لا معنى لاعتبار ها يوماً فيوماً، ومن هنا لاحظوا فيها المعتاد فيها كما و كيفاً وزماناً ، ولو اتفقت القسمة في طريق سفره ، ففي القواعد ، وجامع المقاصد ، ومحكي الايضاح أن الأقرب اجراء النفقة الى يوم وصوله ، بل في الثاني ان احتمال العدم ضعيف جدا، إذا لم يكن دون منزله بلد آخر للاضرار المؤدى إلى الهلاك او المشقة العظيمة ، قال : ولو كان بلد دون منزله ففي الاجراء إلى وطنه المألوف اشكال ، هذا و في التذكرة أن كلما يترك له

(١) الوسائل الباب ٢٧ ـ من ابواب الدين الحديث ـ ١

(٢) الجامع الصغير ج ١ص ٥ طبع عبدالحميد احمد حنفى الوسائل الباب ٢٨ ـ من ابواب الصدقة الحديث ـ ٨ ـ وفيه ابدء بمن تعول الادنى فالادنى .

إذا لم يوجد في ماله اشترى له ، وهو جيّد بالنسبة إلى النفقة دون الدار والخادم والفرس ونحو ذلك مما لم يكن متخذا لها ، و إن كان محتاجا اليها لعدم الدليل .

وفيها ايضاً أنه لوكان للمفلس صنعة تكفيه لمؤنته وما يجب عليه لعياله ، أو كان يقدر على تكسب ذلك لم يترك له شيء وكانه مناف لاطلاق الاصحاب الذي قد عرفت أن منشؤه تقديم مادلّ على وجوب الانفاق ، والقدرة على التكسب لاتنافيه . ولا تقتضي تقديم حق الديان على حق من وجبت نفقته عليه فتأمل جيدا، و فيها أيضاً أن الاولى الاعتبار بما يليق بحاله في إفلاسه ، لا في حال ثروته ، ولوكان يلبس قبل الافلاس أزيد مما يليق بحاله ، ردّ إلى اللائق . و ان كان يلبس دون اللائق تقتيرا لم يزد عليه في الافلاس ، ويترك لعياله من الثياب ما يترك له ، قلت : قد يقال : إن المدار على اللائق بحاله في حدّ ذاته ، مع قطع النظر عن حالي إفلاسه و ثروته . نعم لو كان مقترا على نفسه لم يزدد على ذلك كما ذكره .

﴿ ولو مات قدم كفنه على حقوق الغرماء ، ويقتصر على الواجب منه ﴾ بلا خلاف أجده ، وقال زرارة [1] « سالت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل مات و عليه دين بقدر كفنه ؟ قال : يكفن بما ترك ، إلاّ أن يتجر انسان فيكفنه ، و يقضى بما ترك دينه » و خبر اسمعيل بن أبي زياد [2] « عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : إن أول ما يبدء به من المال الكفن ثم الدين ثم الوصية ، ثم الميراث » وهما الحجة مضافا إلى محكي الاجماع في جامع المقاصد ، و إلى مادلّ على التكفين من أصل المال [3] ، المرجح على مادلّ على وفاء الدّين [4] بما عرفت ، بل ليس في الخبرين الاقتصار على الواجب ، فقد يقال : بتقديم الكفن المتعارف بالنسبة إلى ذلك الشخص ، على وفاء الدين .

خصوصا إذا قلنا : إن المنشأ في تقديمه كونه من النفقة التي قد عرفت الرجوع

(١و٢) الوسائل الباب ـ ١٣ ـ من ابواب الدين الحديث ـ ١ ـ ٢ ـ

(٣) الوسائل الباب ٢٧ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ ١ ـ ٢ ـ

(٤) الوسائل الباب ـ ٤ ـ ٨٥ من ابواب الدين .

فيها إلى عادة أمثاله ، كما يؤمي اليه إلحاق باقي مؤن تجهيزه من السدر والكافور وماء الغسل ونحو ذلك ، بالكفن في التقديم ، بل و مؤن تجهيز كل من وجب عليه تجهيزه ، ضرورة عدم المدرك لذلك إلاّ كونه من الانفاق الذي قد عرفت تقديمه على وفاء الدين . فالوجه في ذلك كله الرجوع إلى المتعارف ، و إن زاد على الواجب ، مالم يقم إجماع على خلافه ، ألّلهم إلاّ أن يقال : إنا نمنع كون المنشأ في وجوب الكفن الانفاق ، ولذا لم يجب تكفين من وجبت نفقته عليه من أقاربه ، بل المنشأ الخبران، وتقديم مادلّ على التكفين من أصل المال على مادلّ على وفاء الدين ، ومثله باقي مؤن التجهيز فينبغي حينئذ الاقتصار على الواجب منه ، دون المندوب الذي قد ورد فيه أنه ليس من الكفن . نعم لا بأس بالرجوع في جنس الواجب إلى الوسط ، مع أن المحكي عن البيان الاقتصار على الأدون ، واحتمله غيره أيضاً ، وقد تقدم لنا بعض الكلام في ذلك في كتاب الطهارة فلاحظ وتأمل .

ثم إن الظاهر عن النص والفتوى عدم الفرق في هذه المستثنيات بين كون الدين لطاعة أو مباح أو معصية ، و بين كونه عوض غصب و سرقة و إتلاف محرّم وغيرها ، و بين كونه لمعيّن وغيره ، كالزكاة و الكفارة و الخمس والنذور ونحوها .

أما تارك الحج عمداً حتى ذهب ماله ، فالمتجه وجوب بيعها في أدائه للمقدمة ، ولعدم شمول أدلة المقام له حتى نفي الحرج ، ضرورة كونه هو الّذي أدخله على نفسه على أنه معارض بمادلّ على وجوب حجه على كل حال ، لكن عن فقه الرضا عليه السلام[1] « إن كان غريمك معسرا وكان أنفق ما أخذ منك في طاعة الله فانظره إلى ميسرة ، وهو أن يبلغ خبره الامام عليه السلام ، فيقضي عنه ، أو يجد الرجل طولا فيقضي دينه ، وإن كان أنفق ما أخذ منك في معصية الله فطالبه بحقك ، فليس من أهل هذه الاية » .

وفي خبر محمد بن سليمان[2] عن رجل من أهل الجزيرة يكنى أبا نجاد « قال سئل الرضا عليه السلام عن رجل وأنا اسمع فقال له : جعلت فداك إنّ الله عزوجل يقول :

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٤٩٣ .

(٢) الوسائل الباب -٩- من أبواب الدين الحديث -٣- .

(وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) أخبرني عن هذه النظرة التي ذكرالله تعالى في كتابه ، لها حدّ يعرف إذا صارهذا المعسر إليه لابدّ من أن ينظر ، وقد أخذ مال هذا الرجل ، وأنفقه على عياله ، وليس له غلة فينظر إدراكها ، وليس له دين ينظر محله ولا مال غائب ينظر قدومه ؟ قال : نعم ، فينتظر بقدر ما ينتهي خبره إلى الامام ، فيقضي ما عليه من الدين من سهم الغارمين إذا كان أنفقه في طاعة الله عزوجل ، وإن كان أنفقه في معصية الله فلا شيء على الامام له ، قلت : فما لهذا الرجل الذي ائتمنه ، وهو لا يعلم فيما أنفقه ، في طاعة الله أم في معصيته ، قال : يسعى له في ماله فيرده عليه وهو صاغر » .

وعن الصدوق الفتوى بمضمونها ، فجوّز المطالبة للمعسر إذا كان قد أنفقه في معصية ، ولعل الدين إذا كان معصية في نفسه ، كالسرقة والغصب أولى من ذلك عنده ، وربما استحسن بعض متأخرى المتأخرين الجمع بين خبر السكوني [١] الدال على تسليم المديون إلى غرمائه ليستعملوه ، وغيره مما دلّ على العدم بذلك أيضاً ، إلا أن الجميع كما ترى بعد عدم ثبوت حجية الكتاب المزبور عندنا ، وضعف خبر أبي نجاد واضطراب متنه . بدلالة أوله على الانفاق على العيال ، وذيله على أنه لم يعلم ، بل ما فيه من عدم وفاء الامام عنه مع الجهل بحاله مخالف لاصالة صحة فعل المسلم .

كل ذلك مضافاً إلى ما قيل : من أولوية الانظار بالمنفق في المعصية من المنفق بالطاعة ، باعتبار عدم حلّية الزكاة للأول دون الثاني ، فلا ريب حينئذ في أن الاطلاق المزبور الذي قلنا أنه الظاهر من النص والفتوى أولى ، كما أن الظاهر منهما أيضاً عدم التسامح في الزائد على المستثنيات ، ضرورة وجوب وفاء الدين الذي يمكن دعوى استقلال العقل فيه ، فضلا عما ورد فيه من الشرع .

وربما وسوس فيه بعض متأخرين المتأخرين مدعيا أن الظاهر من النصوص التوسعة في ذلك ، فإن عمر بن يزيد [٢] « قال : قد أتى رجل أبا عبدالله عليه السلام يقتضيه

(١) الوسائل الباب -٧- من أبواب الحجر الحديث -٣- .
(٢) الوسائل الباب -٥- من أبواب الدين الحديث -٣- .

وأنا حاضر ، فقال له : ليس عندنا شيء . ولكن يأتينا خضرو وسمة فتباع ونعطيك إنشاءالله ، فقال له الرجل : عدني ، فقال له عليه السلام : كيف أعدك وانا لمالا أرجو أرجى مني لما أرجو » وهو دال على التوسعة ، وعدم ما ذكروه من التضييق ، فانه يبعد كل البعد أن لا يكون له مال بالكلية سوى المستثنيات المذكورة ، إذ المستفاد من الاخبار أنه كان ذا ثروة وأملاك ، وإن تعذر عليه النقد في ذلك الوقت .

وهو من غرائب الكلام فانه ليس في الخبر دلالة على مضايقة الديان له هذه المضايقة ، وإنما تقاضاه بتخيل وجودشيء عنده ، فأرضاه بالكلام حتى أراد منه الوعد على ما ذكره ، فأجابه بما سمعت . نعم ربما يستفاد من خبر يزيد بن معاوية [1] نوع سعة «قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : إن علي دينا يعوزني وأظنه قال ولأيتام ، وأخاف إن بعت ضيعتي بقيت وما لي شيء؟ فقال : لا تبع ضيعتك ، ولكن اعط بعضا ، وامسك بعضا » لكن يمكن أيضا أن لا يكون مقتض لتعجيل دينهم ، وأنهم محتاجون إلى الانفاق الذي يحصل بالدفع تدريجا ، بل ربما أذن عليه السلام له في ذلك ، باعتبار ولايته عليه السلام عليهم ، وكل ذلك مع عدم دلالة في الخبر على الزام الولي له بذلك ؟ وأنه إنما سأل الامام عن أصل وجود الدين عليه لهم ، وأنه يريد وفاءه وإن لم يكن ملتزما بذلك . بل هو الظاهر من الخبر والله أعلم .

---

(١) الوسائل الباب ـ ١١ ـ من أبواب الدين ـ الحديث ـ ٢ ـ لكن عن بريد العجلي .

﴿مسائل ثلاث﴾

﴿الاولى : إذا قسم الحاكم مال المفلس﴾ على غرمائه ﴿ثم ظهر غريم﴾ لم يكن يعلم به وليس له عين مال قد اختار الفسخ فيها ﴿ نقضها ﴾ بل هي انتقضت في نفسها ﴿ وشاركهم الغريم ﴾ كما في الارشاد ، والتحرير ، والمسالك ، ومحكي المبسوط ، والتذكرة ، لعدم صدق القسمة التي كان يأمر بها أمير المؤمنين عليه السلام ضرورة أنها إخراج الحصص المشاعة إلى التعيين ، ومع فرض ظهور الغريم المشارك لهم بسبب سبق دينه على الحجر مثلا لم تخرج حصته من الاشاعة إلى التعيين ، لحصولها في كل حصة دفعت إلى كل غريم فتبطل القسمة التي من مقوماتها وصول نصيب كل إلى صاحبه ، فلا يتحقق صدقها إلا بدفع الحصة الاخيرة إلى صاحبها لو فرض وقوعها على التدريج .

ومن هنا ظهر لك أنه لا فرق بعد الامر بالقسمة التي عرفت توقف صدقها على ما سمعت ، بين اشتراك عين المال وعدمه ، كما في المقام ، فان المال وإن كان ملكا للمفلس بل لا يتوقف تعيين نصيب كل منهم على التراضي ، إلا أنه علق الشارع فيه ديون الغرماء على الاشاعة ، على معنى استحقاق كل منهم الوفاء منه بحصة مشاعة على نسبته إلى باقي الديون وأمر بقسمته على ذلك ، وقد عرفت توقف صدقها على ما سمعت ، بل لعلها كذلك في شركة الأموال فان المال المشترك بين ثلاث لو فرض كونه نصفين مثلا ، وتراضى اثنان منهما على ان يكون نصيب كل منهما في أحد النصفين عوضا عن الاخر ، فيبقى للثالث مع كل منهما حصته المشاعة ، لم تصح القسمة ، وإن لم يكن فيها تصرفا في مال الثالث ، ولا إخراجا له عن الاشاعة ، إلا أن القسمة لا يتحقق صدقها مع بقاء الحصة المشاعة للثالث ، بل قد يشكل الصحة مع التراضي من

الجميع ، ما لم يكن بعقد صلح مثلاً فاتضح من ذلك أن المانع في الجميع متحد ، وهو عدم صدق القسمة بدون ذلك .

فما في ظاهر القواعد - أو محتملها في المقام - من عدم انتقاضها وأنه يرجع إلى كل أحد بحصة يقتضيها الحساب - واضح الضعف ، وإن اختاره في جامع المقاصد محتجا بأن كل واحد قد ملك ما هو قدر نصيبه بالاقباض الصادر من أهله في محله فلا يجوز النقض ، لانه يقتضي ابطال الملك السابق ، أما الحصة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الظاهر ، فإنها غير مملوكة فتستعاد ، وحاصله أنه قبض نصيبه وغيره ، فهو صحيح في نصيبه ، باطل في غيره ، لوجود المقتضي في الاول ، إذ هو الدفع من المالك على جهة القضاء ، وقبض الديان له على هذا الوجه بخلاف الزائد فإنه ليس له دفعه وفاء ، فيختص المانع به ، وبقاءه مشاعاً غير قادح ، لانه مال الدافع ، إذ هو كما لو دفع المديون خمسة عشر إلى الديان اشتباهاً ، فإنه يصح الدفع والقبض في خمسة فقط ، وان بقيت مشاعة في العشرة المشتركة بينهما ، وبذلك افترق المقام عن الاموال المشتركة بين ملاك متعدده .

لكنك خبير بما فيه بعد الاحاطة بما ذكرنا ، مضافاً إلى أن مقتضاه الصحة حتى في صورة الاشتباه في التوزيع بين الغرماء الحاضرين ، وفي صورة نسيان بعضهم ، وفي صورة العمد إلى اختصاص أحدهم بالزائد ، أقصاه أن الغريم يضرب بالحصة ، وأما القابض فإنه يملك مقدار نصيبه ، لا أظن أحداً يلتزمه ، فإنه لا يتصور القسمة المامور بها في بعض افراده كما لو خص أحدهم بجميع المال ، أو خرج حصة أحدهم مستحقة للغير ، ولم يكن للمفلس الا غريمان ، ودعوى أن المراد بالقسمة في المقام أمر لا ينافيه شيء من ذلك ، لا شاهد له ، بل الشاهد بخلافه متحقق ، ضرورة ظهور النصوص والفتاوى بصحة الدفع والقبض - إذا كان جامعا لوصف القسمة ، فلا يترتب عليه ملك بدونه كما هو واضح ؛ هذا .

وعن فخر المحققين أن مبنى المقام على أن الدين هل يتعلق بالتركة تعلق الدين

بالرهن ، أو الجناية برقبة العبد ؟ فعلى الأول يكون قضاء ، ويرجع بحصة يقتضيها الحساب لأنه يكون بمنزلة صاحب الدين إذا أخذ أكثر مما يستحقه ، وعلى الثاني تبطل ، لانها تكون قسمة الكل المشترك حقيقة بين بعض المستحقين ، وهو كما ترى خصوصاً الشق الثاني ، إذ لا يلزم من كون تعلقه بها تعلقا كتعلق أرش الجناية ثبوت القسمة حقيقة التي هي فرع الشركة الحقيقية ، لان المجني عليه ، لايملك الجاني ولا شيئاً منه بمجرد الجناية ، وإن استحق ذلك مطلقاً ، أو في صورة العمد ، وأما الشق الاول ففيه مالا يخفى أيضاً بناء على ما ذكرنا .

ثم إنه لا يخفى ثمرة القولين بأدنى تدبر في كون النماء للمفلس على النقض ، فيحسب حينئذ له من ديونه ، لظهور بطلان القسمة من الاصل لاحين ظهور الغريم ، وللغرماء ، على تقدير عدم النقض عدا نماء الحصة الباقية للغريم ، فإنه يكون حينئذ للمفلس ، فيقسم بين غرمائه ، ولا يختص به صاحب الحصة ، لعدم ملكه إياها قبل القبض ، كما هو واضح . لكن في القواعد بعد أن ذكر عدم النقض أولا ثم احتمل النقض قال : « ففي الشركة في النماء المتجدد إشكال » ولعله للإشكال في أصل المسألة وما عن الايضاح من أنه تفريع على النقض وعدمه ، فإن قلنا بالنقض شارك ، وإلافلا ومنشأ الاشكال هل هو رفع القسمة من أصلها أم فسخ متجدد وهو كما ترى ، وكذا احتمال أنه تفريع على النقض ، وإن قيل : إنه المبادر من العبارة ، إلا أنه واضح الفساد ومنها تحقق الزكاة على القابض ، إذا بلغ نصيبه النصاب على عدم النقض ، ولا زكاة على النقض ، ومنها مضي التصرف فيه على عدم النقض ، وعدمه على الآخر ، إلى غير ذلك مما هو واضح بأدنى تأمل .

ولو كان قد تلف المال في يد الغرماء ، فالظاهر احتسابه عليهم على كل حال أما على عدم النقض فواضح ، وأما على النقض فلانه قبضوه استيفاء ، والقبض يضمن بفاسده ، كما يضمن بصحيحه ، ولعموم [1] « على اليد » هذا كله في ظهور الغريم المطالب بدين .

---

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ .

أما إذا كان غريم له عين قائمة في أموال المفلس ، ففي المسالك « أما إن يجدها مع بعض الغرماء أو مع غيرهم بأن يكون الحاكم قد باعها وجعل ثمنها في ماله ، أو يجدها بأيدى الغرماء بالسوية ، وفيما عدا الصورة الاخيرة لايتوجه إلا نقض القسمة لان العين إذا انتزعت من أحدهم بقي بغير حق ، وفي الاخيرة الخلاف السابق .

قلت : مبنى هذا الكلام على عدم بطلان الخيار بالبيع ، أو بالدفع إلى أحد الغرماء وهو أحد الاحتمالين أو الثلاثة أو الاربعة في المسألة كما أوضحناه في محله ، وعلى تقديره فظاهره انحصار الخلاف في الصورة المتأخرة ، مع أنه يمكن جريانه في الصورة الأولى ، بناء على ما سمعته من جامع المقاصد مما لا فرق فيه بين ظهور الغريم وحضوره ، وكذا الثانية إذا فرض اختصاص أحد الغرماء بالثمن ، أو لو فرض توزيعه فالمتجه عدم نقض القسمة ، لعدم رجوع أحد الغرماء على الآخر بحصة مشاعة ، وإنما يرجع عليهم صاحب الثمن على حسب حصصهم ، وهو لا يقتضي بطلان القسمة ، وكذا الصورة الثالثة التي هي فرض تسوية الغرماء في العين ، فإنه مع انتزاعها منهم أجمع له يرجع أحدهم على الاخر بشيء .

نعم لو جعل مبنى النقض في ذلك أن صاحب العين من جملة الغرماء ، وقد وقعت القسمة قبل حضوره ، فهو يستحق حصة مشاعة يخيّر بينها ، وبين انتزاع العين ، فالنقض حينئذ لذلك بناء على أن النقض بمثله ، ولو على جهة التخيير كان أولى ، لكن عليه ينبغي أن لا يتفاوت الحال في الصور الثلاثة بل يتجه النقض حينئذ لو وجد العين على ملك المفلس وقد قسم ما عداها فانتزعها . هذا . وربما توهم من عبارة المصنف والقواعد وغيرهما احتياج نقض القسمة إلى حكم الحاكم بذلك ، وهو واضح الفساد ، كما نص عليه في جامع المقاصد ، وإنما أسند النقض اليه باعتبار فرض كونه القاسم ، و إلا فهي منتقضة بنفسها ، بناء على النقض كما هو ظاهر .

ولو خرج المبيع مثلا من مال المفلس ظاهراً مستحقا للغير ، فإن كان الثمن موجوداً لم يدفع بعد إلى الغرماء رجع به صاحبه ، و إن كان قد تلف في يد المفلس

أو وليه كان ضامنا له ، فيضرب صاحبه مع الغرماء إن كان قد أتلفه المفلس ، بناء على ضرب مثله وإن كان بعد الحجر، كما تقدم سابقا ، أللّهم إلا أن يفرّق بينهما بأن ما نحن فيه قد وقع باختيار من المالك و رضى منه ، وإن كان على جهة الضمان فلا يضرب به ، بخلاف السابق المفروض إتلاف المفلس قهراً على مالكه بسرقة أوغصب أو خطاء ونحوها .

لكن خيرة الفاضل و المحكي عن الشيخ وفخر المحققين أنه يقدم على الغرماء ولو كان التلف بآفة سماوية، بعد أن احتمل الضرب معهم ، واستجوده في جامع المقاصد معللين له بأنه من مصالح الحجر ، لئلا يرغب عن شراء مال المفلس ، و هو كما ترى لا يصلح مثله أن يكون مدركا لذلك ، وانما وقع من بعض العامة بناء منهم على حجية الاستحسان ، والمصالح المرسلة ، وكذا لو تلف في يد الغرماء واختار هو الرجوع على المفلس ، فيقدم عليهم عند الفاضل ، واحتمل الضرب ، و على ما ذكرنا يتجه البقاء في ذمة المفلس ، أما لو رجع عليهم اتجه تغريم كل منهم مقدار ما قبض من ماله ، ولا يرجع به على المفلس ، لانه قبض مضمون عليهم ، و إنما لهم الرجوع بدينهم ، لأنه باق ، و ان رجع على المفلس رجع هو على الغرماء ، لأن قرار الضمان على من تلف في يده المال ـ والله أعلم .

المسئلة ﴿الثانية إذا كان عليه ديون حالّة و ﴾ ديون ﴿مؤجلة﴾ و قد فلس لقصور ما عنده عن الحالة ﴿ قسمت أمواله على الحالة خاصة ﴾ ولا يدخر منها شيء للمؤجلة بلا خلاف ولا إشكال ، لعدم استحقاقها قبل الأجل ، كما تقدم سابقا في أول كتاب الفلس . نعم لو حلت قبل قسمة الكل ففي التذكرة والمسالك والروضة شاركت بل فيها جميعها أنه لو حلّ بعد قسمة البعض شارك في الباقي وضرب بجميع المال ، و ضرب باقي الغرماء ببقية ديونهم ، ولعل الوجه في ذلك بعد كونه أولى من المتجدد ، كأرش الجناية وعوض الاتلاف أن المقتضي للمشاركة موجود ، وهو كونه دينا سابقا على الحجر، وكان الأجل مانعا ، فاذا ارتفع عمل المقتضي عمله ، فهو كما لو أسلم الوارث قبل القسمة ، وتعلق حقوق الغرماء غير مانع من تعلق حق غيرهم ممن شاركهم في سبب

الاستحقاق، وبذلك ترتفع المناقشة من بعض متأخرى المتأخرين في أصل المشاركة، بسبق تعلق حق الغير فتمنع تعلق غيره به، إذ هو حينئذ كالمرهون، و إن كانت هي لاتخلو من وجه، خصوصاً بناء على ماتقدم سابقاً من عدم الرجوع لصاحب العين لوكان دينه مؤجلا وقدحل قبل القسمة، و نحوه مما هو مبنى على سبق تعلق الحق المانع من تعلق حق الغير.

و على كل حال فالظاهر عدم الفرق في حلول المؤجل بين إنتهاء المدة، و بين اسقاطه بالصلح على الانقص منه مثلا، مع المفلس الذى لايمنع من مثل هذا الصلح، لعدم كونه تصرفا في المال الذى تعلق به حق الغرماء وان كان بعد الصلح يشاركهم صاحبه، لصدق حلول المؤجل قبل القسمة، و دعوى المنع من مثل هذا الصلح على وجه يلحق الغريم به، لأنه يؤل إلى الضرر على الغرماء، ولأنه كالدين الحاصل بعد الحجر- يمكن منعها لماعرفت، ولأنه ليس دينا جديداً بل هو صلح عن ذلك الدين ببعضه، فيكون الصلح بالنسبة إلى الزائد كالابراء و إن كان هو في مقابلة اسقاط الاجل، فتأمل، جيدا. والله أعلم.

المسئلة ﴿ الثالثة: إذا جنى عبدالمفلس، كان المجني عليه أولى به ﴾ من الغرماء الذين لا يزيد تعلق حقهم بالمال على الرهانة التي قدعرفت تقدم الجناية عليها للوجوه السابقة الآتية هنا منضمة إلى عدم الخلاف في ذلك في المقامين، ومنه يعلم أن تعلق حق الغرماء هنا ليس كتعلق أرش الجناية، وإلا امكن القول بالاشتراك بينهما، كما لو جنى العبد الجاني قبل انتهاء حال الجناية الأولى، وبالجملة يتجه فيه ذلك الحكم فعدم الخلاف في التقديم هنا مما يؤمي إلى عدم كون التعلق كأرش الجناية، وان احتمله الفخر سابقا فيستوفى منه حق الجناية حينئذ، فان زاد فهو للغرماء.

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لو أراد مولاه فكه ﴾ بما تعلق به الحق من الأموال ﴿ كان للغرماء منعه ﴾ لأنه تصرف مالي وقد حجر عليه في ذلك؛ لكن

في المسالك « إنما يمنع المولى من فكه مع عدم المصلحة في فكه ، فلو فرضت بأن كان كسوبا يثمر مالا إلى حين القسمة وقيمته باقية فله فكه لمصلحة » قلت : قد يمنع أيضاً معها ، لتعلق الحق في المال على وجه لا يتصرف به إلا في بيعه للوفاء ، وان اتفق حصول مصالح للمفلس ، وكذا لو كان له رهن على دين مؤجل وكانت المصلحة في فكه ، لم يلتزم الغرماء بذلك ، فلعل إطلاق المصنف وغيره المنع لا يخلو من قوة .

ولو كان الجاني المفلس بما يوجب مالا ، كان المجني عليه أسوة الغرماء ، كما قدمناه سابقا ، إذ الفرق بينه وبين عبده بالتعلق بالذمة والعين واضح ، ولو كانت جنايته عمدا فصالح على الدية لم يشارك ، بناء على أن الواجب أولا القصاص ، وأن الدية تثبت بالصلح . نعم لو قلنا الواجب أحد الأمرين من أول الامر والخيار بيد المجني عليه ، أمكن القول حينئذ بالمشاركة للغرماء ، بل لو قلنا في الصلح أنه ليس من قبيل المعاوضات ، و إنما هو إسقاط لحق القصاص ، ورجوع إلى الدية الثابتة شرعاً أمكن القول بالشركة ، فيكون الفرق بين القولين أن الخيار في الاول بيد المجني عليه ، والثاني بأيديهما معاً ، ولعل قوله تعالى [1] « فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف » إلى آخره لا يخلو من اشعار بذلك ، وكأنه لذا لم يجزم الفاضل في التذكرة بعدم المشاركة في الصلح أيضا ، فانه بعد أن حكى عن أحمد المشاركة مطلقا قال : ويحتمل عندي أن لا يشارك ، لأن الجناية موجبها القصاص . وإنما يثبت المال صلحاً وهو متأخر عن الحجر ، فلا يشارك كما لو استدان فتأمل جيدا والله أعلم

هذا تمام الكلام في حكم المفلس .

﴿ و﴾ لكن ﴿ يلحق بذلك النظر في حبسه ﴾ بل حبس كل مديون فنقول : ﴿ لا يجوز حبس المعسر مع ظهور اعساره ﴾ سواء كان مفلسا أي منعه الحاكم من التصرف فيما يتجدد من الأموال ، أولا ، للانظار المأمور به في الكتاب والسنة ، بل

---

(١) سورة البقرة الاية ١٧٨ .

والفتوى ، فإني لأجد خلافا في ذلك ، إلا ما تقدم سابقا من الصدوق في المعسر بصرف ما استدانه في معصية ، و قد عرفت ضعفه .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يثبت ذلك ﴾ أي اعساره ﴿ بموافقة الغريم ﴾ جميعهم وإلا ففي حق الموافق ، ولو فرض تعدده وجمعه لشرائط الشهادة ثبت حينئذ ، و اندرج تحت قول المصنف كغيره من الاصحاب ﴿ أو قيام البينة ﴾ لكن على التفصيل الآتي خلافا لبعض العامة ، حيث جعل قيام البينة به غير مانع من حبسه مدة يغلب على ظن الحاكم أنه لوكان له مال لظهر ، و هو كما ترى .

﴿ فإن تناكرا ﴾ أي الغريم والمديون في الاعسار و عدمه ﴿ وكان له ﴾ أي للمديون ﴿ مال ظاهر ﴾ غير المستثنيات لم يقبل دعواه ، و ﴿ أمر ﴾ه الحاكم ﴿ بالتسليم ﴾ إن كان المال من جنس الحق أو تراضيا به ، والاصرف اليه ببيع ونحوه ﴿ فان امتنع فالحاكم بالخيار ، بين حبسه حتى يوفي ﴾ بنفسه لوجوبه عليه ، بل مماطلته فيه تحل عقوبته بالحبس و غيره و عرضه ، لقوله ﷺ « ليّ الواجد يحل عقوبته و عرضه » المعمول باطلاقه بين الاصحاب ، من غير ملاحظة مراتب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، و قد سمعت النصوص [١] المتضمنة لفعل أمير المؤمنين عليه السلام « فيمن كان يلتوى على غرمائه » بل لعل إطلاق الخبر المزبور يقضي بحلية ذلك للغريم وغيره ، اللّهم إلا أن يدعى أن الحبس و نحوه من وظائف الحاكم ، لانه كالتعزير الملحق بالحدود .

نعم لا إشكال في حلية العرض للغريم ، بأن يقول له ياظالم ونحوه لذلك ، وقوله تعالى [٢] « لا يحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم » ولا يلزم التفكيك في الخبر ، إذ المراد من الحبس حينئذ أن يحبسه عند الحاكم ، فيكون التحليل له فيهما ، بل الظاهر جواز ذلك للحاكم ، لاطلاق الخبر المزبور ، بل وغيره في وجه .

و على كل حال فهو بالخيار بين ما عرفت ﴿ و ﴾ بين ﴿ بيع أمواله وقسمتها

---

(١) الوسائل الباب -٦- من أبواب الحجر .

(٢) سورة النساء الاية -١٤٨- .

بين غرمائه ﴾ لأنه ولي الممتنع ، و إن كان لايتعين عليه ذلك ، بل يخير بينه و بين الفرد الاول ، وقد تقدم نظير ذلك في الرهن ، كما أنه تقدم التأمل فيه ، والمحكي في النصوص[1] هنا من فعل امير المؤمنين عليه السلام «أنه كان يحبسه بالالتواء ثم يأمر بقسمة ماله بين الغرماء ، فان أبى باعه وقسمه بينهم » بل و في خبر السكوني[2] منها «أنه كان يحبس في الدين ، ثم ينظر فان كان له مال أعطى الغرماء » وعلى كل حال هو غير التخيير المزبور ، أللهم إلا ان يقال : إنه لادلالة في فعله عليه السلام على عدم جواز غير هذا الفرد ، وفيه أن نقل الائمة عليهم السلام لهم بهذا اللفظ ظاهر في أن الحكم ذلك ،فتأمل جيدا . والأمر سهل .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ـ ﴿ لو لم يكن له مال ظاهر وادعى الإعسار ، فان وجد البينة قضى ﴾ الحاكم ﴿ بها ﴾ بالشرط الآتي ﴿ وإن عدمها ، وكان له أصل مال ﴾ معهود ﴿ أو كان أصل الدعوى مالا ﴾ كالقرض و نحوه وقد اثبتها الغريم ﴿ حبس حتى يثبت اعساره ﴾ لاصالة بقاء المال ، ولاشتراط الانظار بالاعسار ولم يثبت ، ولأن امير المؤمنين عليه السلام كان يحبس بمجرد الالتواء ، نعم في التذكرة « إنه اذا لم يكن له بينة بذلك يحلف الغرماء على عدم التلف ، فاذا حلفوا حبس ، ولعله مراد غيره مع احتمال العدم ، لما عرفت من عدم اشتراط الحبس باليسار مع المماطلة ، كي يحتاجوا إلى اثباته ، بل يكفي فيه عدم ثبوت اليسار ، و هو حاصل و ان لم يحلفوا . هذا .

وقد صرح الفاضل في التذكرة والقواعد « أنه لايمنع الحبس تعلق حق الغير في عينه باجارة و نحوها » وهو كذلك مع امكان الجمع ، أما مع عدمه ففيه اشكال ، من تعارض الأدلة ولاترجيح ، واحتمال ترجيح الاجارة بالسبق معارض بصورة سبق الدين و إن تأخرت المطالبة . نعم قديتم في صورة سبق الاجارة عليه ، كما أنه يتم ترجيح الدين عليها في صورة سبقه ، بل قد يقال بترجيحه مطلقا ، باعتبار انجبار المستأجر بالخيار بخلافه ، إلا أن الجميع محل للنظر ، كما أن ما في القواعد من

---

(١) الوسائل الباب -٦- من أبواب أحكام الحجر .

(٢) الوسائل الباب -٧- من أبواب أحكام الحجر الحديث -٣- .

أنه يجوز الحبس في دين الولد لايخلو من اشكال ، لخبر الحسين بن ابى العلا [١] وللنصوص الدالة على أن الولد وماله لأبيه و على عظم حق الوالدين و نحو ذلك ، ولعله لذا جزم في التذكرة بالعدم ، وفي جامع المقاصد أنه لايخلو من قوة ، وهو كذلك، والله أعلم .

﴿و﴾ على كل حال فا نا تصدى لاثبات إعساره فـ ﴿ان شهدت البينة بتلف﴾ جميع ﴿ أمواله قضى بها ، و لم يكلّف اليمين ، ولو لم تكن البينة مطلعة على باطن أمره ﴾ بالصحبة المتاكدة ، لأنها بينة اثبات ، فيشملها جميع مادلّ على قبول البينة ، ولايقدح تضمنها النفي ، لأن كل بينة اثبات تتضمن ذلك ، حتى بينة ملك العين مثلا لزيد ، المتضمنة لعدم بيعه خفية وعدم هبته وغير ذلك من المحتملات التي لاتقدح ، بعد أن كان شهادة البينة أمراً إثباتيا يمكن علمها به ، و أنه هو المستند لها فيما هو مخالف للاصل ، فيلزمه حينئذ ثبوت الاعسار ، ضرورة اقتضاء تلف جميع الأموال ذلك ولايحتاج إلى اليمين معها ، للاصل ، وظهور قوله [٢] « البينة على المدعى » إلى آخره في عدم الشركة بينهما ، مضافاً إلى أنها كساير البينات المعلوم عدم توقف ثبوت ماشهدت به على اليمين ، لمعلومية عدم اشتراط قبولها بالاطلاع على باطن أمره بالصحبة المتأكدة اذهي بعد ماسمعت كباقي بينات الاثبات التي لاينحصر طريق علمها بماتشهدبه لذلك.

﴿ أما لوشهدت بالاعسار مطلقا ﴾ أي من دون تعرض لتلف المال المعلوم اصله وغيره ﴿ لم تقبل حتى تكون مطلعة على﴾ باطن ﴿أموره بالصحبة المؤكدة﴾ لأنها حينئذ بينة نفي ، ضرورة رجوعها الى عدم الملك الذي يمكن أن يكون مستندها فيه الاصل المعلوم نقضه عند غيرها ، و يمكن أن يكون اطلاعها على التلف ، إلا أنها مع فرض الصحبة المؤكدة يحصل الظن القوي بل المتأخم أن يكون مستندها الثاني ، فيقوى حينئذ بها جانب مدعى الاعسار ، بل ظاهر الاكثر تقديمه حينئذ على خصمه

(١) الوسائل الباب ـ٧٨ـ من أبواب ما يكتسب به الحديث ـ٧ـ .

(٢) الوسائل الباب ـ٣ـ من أبواب كيفية الحكم الحديث ـ١ـ٢ـ .

الموافق للاصل ، وكم من ظاهر قدم عليه ، كما في دعوى الزوجة مع الخلوة الدخول بها وغيرها ﴿ و ﴾ يتجه حينئذ ما ذكره المصنف و غيره بل نسب الى الاكثر من أن ﴿للغرماء احلافه ﴾ حينئذ ﴿ دفعا للاحتمال الخفي ﴾ وهو احتمال عدم اطلاعها على أصل المال وخفائه عليها ، وإنما شهدت بالاصل المفروض انتقاضه ، وبذلك ظهر الفرق بين بيّنة التلف وبيّنة الاعسار ، كما أنه ظهر كون اليمين لقوة جانب مدعي الاعسار حينئذ واليمين تتبع من قوى جانبه بالاصل أو بالظاهر الذي ثبت ملاحظته للشارع ، فالبينة في المقام لحصول الظاهر المرجح بدعوى الاعسار ، فيكون به حينئذ منكرا فيتوجه اليمين عليه لذلك ، لا أنه باق مدع و محتاج إلى اليمين مع البينة كيمين الاستظهار ، ضرورة ظهور قوله عليه‌السلام[1] « البينة على المدعي » في قطع الشركة ، ولا دليل بالخصوص هنا على اليمين كالاستظهار ، مضافاً إلى عدم تنقيح مستند شهادة البيّنة هنا و إن كان قد حصل الظن القوي بالصحبة المتاكدة أنه التلف لا الاصل ، لكنه إذا لم يصل إلى حد العلم غير مجد في قبول مثل هذه البيّنة التي قد عرفت رجوعها إلى بينة النفي المعلوم عدم قبولها ما لم تؤل إلى الاثبات بالحصر ونحوه ، ولو فرض كونها في المقام كذلك رجعت إلى البينة الأولى و لم يحتج معها إلى اليمين قطعاً ، كما أن الاولى لو فرض شهادتها على تلف المال الظاهر ، ولم تعلم بغيره ولا اعترف الخصم بعدم غيره اتجه ايضاً توقف ثبوت الاعسار على اليمين ، ضرورة رجوع الحال حينئذ إلى دعواه ممن لم يعلم له أصل مال ، وستعرف احتياجه حينئذ إلى اليمين .

نعم لو شهدت بتلف الظاهر و اعترف الخصم بعدم غيره لم يحتج حينئذ ثبوته إلى يمين كما هو واضح ، وبذلك تم كلام الاكثر وسقط ما اطنب به في المسالك ، فانه بعد أن قرر المشهور حاكياً له عن المصنف والعلامة في غير التذكرة قال : « أما فيها فعكس الحكم ، وأثبت اليمين في بيّنة التلف دون بيّنة الاعسار ، محتجا بأن البينة

---

(١) الوسائل الباب ـ٣ـ من أبواب كيفية الحكم الحديث ـ١ـ٢ـ لكن فيهما « واليمين على المدعى عليه »

إذاشهدت بالتلف كان كمن ثبت له أصل مال واعترف الغريم بتلفه ، وادعى مالاً غيره فانـه يلزمه اليمين ،وأفتي في موضع آخر منها بأنه لايمين في الموضعين محتجاً بأن فيه تكذيباً للشهود، ولقوله ﷺ[1] « البينة على المدعي واليمين على المنكر » والتفصيل قاطع للشركه .

ثم قال : « إن تلخيص الحكم في ذلك لايخلو من اشكال ، والفرق لايخلو من نظر ، وذلك لأن شهود تلف ماله إماأن تكون شهادتهم على تلف المال الظاهر لهم من غير معرفة لهم بحال باطن أمره ، بحيث يحتمل أن يكون له مال آخر لم يتلف ، كما هو الظاهر من قول الجماعة و تعليلهم المسألة و تصريحهم بعدم اعتبار كونهم من أهل الخبرة بحاله ، ويشكل مع هذاثبوت اعساره ، لأن حاله بالنسبة إلى المال باطناً مجهول مطلقا ، حتي لوفرضنا أن هذا المال الظاهر لم يكن له لم ينافِ ثبوت ماليته باطناً ، والحال أنه لم يختبر ، و إن أرادوا ـ بعدم اعتبار إطلاعهم على باطن أمره أن الحاكم لايعتبر اطلاعه على ذلك ، مع ان اطلاعهم معتبر في نفس الأمر اتكالاً على عدالتهم ، وأن العدل لايجازف في شهادتـه كما صرّح بـهذا المعنى بعض الأصحاب اشكل الفرق بين الأمرين ، لأن ذلك آتٍ في الشهادة على مطلق الاعسار وتحويلها نحو الاثبات لئلايتمحض النفي غيرمتوقف على هذا الشرط ، فإن مرجعه الى تحرير شهادتهم، لاإلى علمنا بإخبارهم ، وحكم اليمين متفرع على ماقررنا ، فإن اكتفينا في بينة التلف بالاطلاع علي ظاهر ماله ، فلابد من القول باليمين ، لأنه يصير بهذه البينة كمن لايعلم له أصل مال مع احتماله ، ويتوجه عدم الافتقار الى اليمين في بينة الاعسار المطلعة علي الحال ، لأن ذلك أقصى مايمكن اعتباره شرعاً في التفحص ، فلا يكلف مع البينة أمراً آخر، لأصالة البراءة أو لظاهر الخبر، وإن اعتبرنا اطلاع بينة التلف علي باطن أمره كما ذكره بعضهم توجه عدم اعتبار اليمين معها لما ذكرناه .

ويمكن أن يوجه كلام الجماعة الدال على عدم اعتبار الخبرة الباطنة في شهادة التلف لابالنظر إلى الحاكم ، ولابالنظر إلى الشهود بأن هذا المديون لما كان يعرف

---

(١) المصدر نفسه .

له اصل مال ولو بكون الدعوى كذلك ، فلابد لهذا المال الثابت ظاهراً من أمر يدفعه، فإذا شهدوا بتلف أمواله التي يطلعون عليها فقد علم الانتقال عن ذلك الأصل الباقي في المال ، وإن أمكن بقاء بعضه، إلا أنه غير معلوم ، والتكليف إنما هو بالظاهر، بخلاف ما إذ اشهدوا باعساره ، فإن المراد أنهم لم يطلعوا على ماله، وهذا لا يدفع ذلك الاصل الذي هو بقاء المال السابق بوجه، فلابد مع ذلك من الخبرة الباطنة والعشرة المتأكدة ليحصل الظن بتلف ذلك المال ، وانما يحصل بذلك .

فظهر الفرق بين الحالين ، و توجه به ما اختاروه من ثبوت اليمين في الاوّل دون الثاني ، لأن الاوّل لا يدفع المال الباطن يقيناً ، ولا ظناً ، لعدم الاطلاع عليه ، بخلاف الثاني ، لان كثرة ملابسته ومجاورته والاطّلاع على الصبر على مالا يصبر عليه من يكون بيده مال عادة ، يفيد الظن الغالب بعدم المال ، فلا يتجه مع ذلك انضمامه اليمين إلى البينة .

نعم لو ادعى الغريم وجود مال مخصوص للمديون ، و اعترف بعدم غيره فشهد الشهود بتلفه لم يجب اليمين في الاول أيضاً ، ولم يعتبر اطلاع الشهود على باطن أمره، إلا أن هذه مادة خاصة والمسألة أعمّ منها ، والظاهر من عبارة الاصحاب و غيرهم في هذه المسألة هو ما وجهناه أخيراً من أن شهود التلف لا يعتبر اطلاعهم على حاله في أنفسهم ولا عند الحاكم ، بخلاف شهود الإعسار ، و وجهه ما بيناه .

لكن المحقق الشيخ علي رحمه الله قرّر كلامهم على ما نقلنا من الوجه ، و هو أن المراد عدم علم الحاكم باطلاعهم مع اشتراطه في نفس الأمر ، فحصل الالتباس في الفرق على تقريره ، ونفي اليمين في الاوّل و اثباتها في الثاني على تقريرهم ، فإن الاطلاع على باطن أمره إن كان معتبراً فيها فإما أن يقال باشتراط علم الحاكم به أيضاً أو نفيه عنهما اتكالا على العدالة ، فالفرق ليس بجيّد ، و إذا لم يطلعوا على باطن أمره في التلف على ما ذكروه ، يكون اثبات اليمين فيه أوجه من الآخر كما ذكره في التذكرة دون العكس، لأن الخبرة الباطنة أفادت ظناً قوياً ، مضافاً إلى البينة بعدم المال ، ومختار التذكرة في اثبات اليمين في الاوّل دون الثاني أجود ، و نقلناه

بطوله ليظهر لك مواقع النظر فيه من غيرما ذكرناه أيضاً خصوصاً فيما ذكره من التوجيه لكلام الجماعة الذى جعل نتيجته مالايقولون به ، من اثبات اليمين لبينة التلف دون بينة الاعسار .

ومن الغريب قوله بعدم احتياج الثانية اليه ، مع اعترافه بانها إنما تفيدالظن القوى بسبب الصحبة بأن مستندها التلف ، و معلوم أن مثل ذلك لايخرجها عن كونها بينة نفي ، وعن احتمال كون مستندها الأصل المعلوم قطعه كما أوضحناه سابقاً وأغرب منه عدم ذكره الوجه الظاهر من كلماتهم في تشقيقه عدم اعتبار الاطلاع في بينة التلف من أن مرادهم جميع الاموال المستلزم لثبوت الاعسار ، وأن مثله لايعتبر فيه الاطلاع بالصحبة ولا اليمين ، لانها فرد من بينة الأثبات ، ولاينحصر طريق علمها بذلك في الصحبة ، ولو فرض ان بينة الاعسار كذلك ، استغنت عن اليمين أيضاً ، إلا أنك قدعرفت احتمالها وأنها ظاهرة مع الصحبة في أن مستندها الاطلاع على التلف ، كما أنه لوفرض كون بينة التلف على تلف مال مخصوص ، اتجه اعتبار اليمين من المديون في نفي دعوي غيره ، وما حكاه عن التذكرة من عكس الامر إنما ذكره احتمالا ، مع أن الظاهر خروجه عن موضوع البحث كما اعترف به في جامع المقاصد ، لأن ظاهر كلامه فرض شهادة البينة على تلف المال الذى في يده ظاهراً لاجميع الاموال ، واليمين حينئذ مع عدم اعتراف الخصم بعدم غيره متوجه كما ذكرناه ، بل لعلّ ماحكاه عنها أيضاً من عدم احتياج اليمين في البينتين خارج أيضاً ، لظهور كلامه في عدم اليمين مع بينة الاعسار التي تؤل إلى بينة التلف في معلومية كون مستندها العلم بتلف جميع أمواله ، وأنها غير محتملة لان يكون مستندها الاصل ، فانه جعلها كالبينة على عدم الوارث فلاحظ وتأمّل .

و بالجملة كلامه في المقام لايخلو من نظر من وجوه ، ثم قال : « و اعلم أن الخبرة المعتبرة في شهود الاعسار إن اطلع الحاكم عليها فلاكلام ، وإلا ففي الاكتفاء بقولهم له أنهم بهذه الصفة وجه قوي ، و قطع به في التذكرة » قلت لاريب في ضعفه ،

ضرورة عدم الدليل على ثبوته بقولهم الذى مرجعه إلى دعوى لايثبت بها مثله بعد اعتبار اتصافهم به كالعدالة ، فلابد من العلم به ولو ببينةٍ شرعية كما هو واضح ، وأومأ اليه في جامع المقاصد .

و قد تلخص مما ذكرناه أن بينة الاعسار عندهم ، لم يعلم رجوعها إلى اثبات حتى يتوجه الاستغناء عن اليمين ، للخبر القاطع للشركة ، بل هي بسبب الصحبة المؤكدة أفادت كون الظاهر مع دعوى الاعسار ، فقدموه على الاصل بيمين المعسر كما أوضحناه سابقاً ، ولو فرض العلم برجوعها إلى اثبات ، اغنت عن اليمين قطعا وكانت كبينة التلف حينئذ ، بناء على المعلوم من مذهب الاصحاب من قبول بيّنة النفي إذا رجعت إلى اثبات ، خلافاً لبعض العامة ، ضرورة شمول مادلّ على حجية البينة حينئذ لها ، بخلاف ما إذا لم يعلم رجوعها إلى اثبات ، لاحتمال كون مستندها أصل العدم ، المعلوم انتقاضه ، كما في المقام ، أولا تزيد على إنكار المنكر والله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ فان لم يعلم له أصل مال ﴾ ولا كانت الدعوى الثابتة عليه مالاً ﴿وادعى الاعسار قبلت دعواه ولايكلف البينة ، وللغرماء مطالبته باليمين﴾ لانه بموافقته للاصل كان منكرا و قد قال عليه‌السلام [(١)] « البيّنة على المدعي واليمين على من انكر» بل منه ينقدح الاشكال في قبول البينة منه لو اقامها على وجه يعلم رجوعها إلى اثبات ، بناء على عدم قبولها من المنكر ، لكن جزم في التذكرة بقبولها واسقاط اليمين عنه حينئذ ، ولايخلو من بحث كما يأتى انشاءالله .

و من الغريب من بعض العامة منع قبوله هنا إلاّ بالبينة ، بناء على أن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئا قل أو كثر ، و فيه منع اعتبار هذه الظاهر بدون دليل بحيث يقطع الاصل . نعم لوفرض العلم بذلك اتجه ماذكره ، بل لعلّه متجه أيضاً فيما لوحصل العلم باتلافه مالاأيضاً ، لانقطاع أصل العدم فيه قطعا ، وحصول المال في الجملة معارض بالعلم باتلافه كذلك ، فلايستصحب شيءٍ منهما ، لرجوعه إلى استصحاب الجنس ،

(١) الوسائل الباب ـ٣ من ابواب كيفية الحكم لكن فيه : واليمين على المدعى عليه.

فيكون قول كل منهما خالياً عن الاصل ، إلا أن الواجب على المديون الوفاء ، حتى يثبت اعساره الذي هو الشرط في الانظار ، لا أن اليسار شرط في صحة المطالبة ، فيتجه حينئذ حبسه إلى ثبوت اعساره فتأمّل جيّداً والله أعلم .

﴿ و ﴾ على كلّ حال ﴿ فاذا قسم المال ﴾ الذي عنده ﴿ بين الغرماء وجب اطلاقه ﴾ ولايجوز ابقاؤه في الحبس الذي هو اذية حينئذ بلاحقّ ، ولو فرض كونه مفلسا ﴿ فهل يزول الحجر عنه بمجردّ الاداء ﴾ والاقتسام ، لأنه إنما حجر عليه بالنسبة إلى الموجود من ذلك المال وقد فرض قسمته ﴿ أو يفتقر إلى حكم الحاكم ﴾ لأنه قد حصل بحكمه فلايرتفع إلأ بحكمه للاستصحاب كالسفيه ﴿ الأولى ﴾ عند المصنف والفاضل و غيرهما ﴿ أنه يزول بالأداء لزوال سببه ﴾ ولابأس به مع فرض كون الحجر بالنسبة إلى المال الموجود ، لا إذاكان فيه وفي المتجدّد ، ولافي الاطلاق إذافرض شموله لهما كما هو واضح والله أعلم .

إلى هنا تم الجزء الخامس و العشرون من كتاب جواهر الكلام بحمدالله ومنه وقدبذلنا غاية جهدنافي تصحيحه ومقابلته للنسخةالمصححة التي قوبلت بنسخة الاصل المخطوطةالمصححةبقلم المصنف طاب ثراه ويتلوه الجزء السادس والعشرون في احكام الحجر انشاء الله تعالى

علي الاخوندى

فهرس

مافى هذا الجزء من المطالب

كتاب الرهن

كتاب المفلس



